



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1993 Vol. 2

1^{er} cahier, 1993 Vol. 2

Cited as [1993] 2 S.C.R. 3-156

Renvoi [1993] 2 R.C.S. 3-156

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Ciarlariello v. Schacter 119

Torts — Battery — Medical procedure — Consent — Patient undergoing procedure withdrawing consent during procedure — Patient deciding to continue with procedure and suffering quadriplegia as a result of procedure — Patient had undergone same procedure previously and had understood nature and risks of procedure — Whether patient had to be informed anew of attendant risks when consenting to continue with procedure.

Physicians and surgeons — Negligence — Duty to disclose — Patient undergoing procedure withdrawing consent during procedure — Patient deciding to continue with procedure and suffering quadriplegia as a result of procedure — Patient had undergone same procedure previously and had understood nature and risks of procedure — Whether patient had to be informed anew of attendant risks when consenting to continue with procedure.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Ciarlariello c. Schacter 119

Délits civils — Voies de fait — Acte médical — Consentement — Retrait du consentement de la patiente au cours d'un acte médical — Décision de la patiente de continuer l'acte et quadriplégie de la patiente par suite de l'acte — La patiente avait subi le même acte antérieurement et en avait compris la nature et les risques — La patiente devait-elle être informée de nouveau des risques qui accompagnaient l'acte lorsqu'elle a consenti à ce qu'il se poursuive?

Médecins et chirurgiens — Négligence — Obligation de divulgation — Retrait du consentement de la patiente au cours d'un acte médical — Décision de la patiente de continuer l'acte et quadriplégie de la patiente par suite de l'acte — La patiente avait subi le même acte antérieurement et en avait compris la nature et les risques — La patiente devait-elle être informée de nouveau des risques qui accompagnaient l'acte lorsqu'elle a consenti à ce qu'il se poursuive?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Cunningham v. Canada 143

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Fundamental justice. — Parole — Mandatory supervision — Parole Act amended to change conditions for release on mandatory supervision — Whether amendment amounts to denial of prisoner's liberty contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii).

Prisons — Parole — Mandatory supervision — Parole Act amended to change conditions for release on mandatory supervision — Whether amendment amounts to denial of prisoner's liberty contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii).

Kourtessis v. M.N.R. 53

Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures — Whether or not search and seizure unreasonable contrary to s. 8 of Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, ss. 231.3, 231.3(7), 239 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Courts — Jurisdiction — Right of appeal — Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures.

Courts — Procedure — Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Cunningham c. Canada 143

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Justice fondamentale — Libération conditionnelle — Liberté surveillée — Loi sur la libération conditionnelle modifiée de façon à changer les conditions de mise en liberté surveillée — La modification équivaut-elle à une atteinte à la liberté du détenu en contravention des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3)a)(ii).

Prisons — Libération conditionnelle — Liberté surveillée — Loi sur la libération conditionnelle modifiée de façon à changer les conditions de mise en liberté surveillée — La modification équivaut-elle à une atteinte à la liberté du détenu en contravention des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3)a)(ii).

Kourtessis c. M.R.N. 53

Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales? — La perquisition et la saisie sont-elles abusives contrairement à l'art. 8 de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, art. 231.3, 231.3(7), 239 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Tribunaux — Compétence — Droit d'appel — Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Goncalves 3

Charter of Rights — Criminal law — Evidence — Unreasonable search and seizure — Evidence admitted under s. 24(2) of Charter — Court of Appeal erred in reversing trial judge's finding that the evidence should not be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Imbeault 51

Criminal law — Directed verdict — Fraud — Evidence pertaining to all elements of offence which would justify a verdict of guilty if accepted by jury — Directed verdict quashed.

R. v. Théroux 5

Criminal law — Fraud — Elements of offence — Mens rea — Accused directing mind of company involved in residential construction — Deposits taken from potential purchasers on false representation that deposits were insured — Project not completed following company's insolvency — Accused honestly believing that project would be completed and deposits not lost — Whether accused guilty of fraud — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1).

R. v. Zlatic 29

Criminal law — Fraud — Elements of offence — Accused accepting goods from suppliers in return for post-dated cheques or on credit and using money obtained from sale of goods for gambling — Accused believing that his gambling system would allow him to repay suppliers — Trial judge finding that accused was not concerned with paying goods received by suppliers — Whether accused guilty of fraud — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1).

SOMMAIRE (Fin)

Tribunaux — Procédure — Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales?

R. c. Goncalves 3

Charte des droits — Droit criminel — Preuve — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve admise en vertu de l'art. 24(2) de la Charte — La Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge du procès selon laquelle il n'y a pas lieu d'écarter la preuve en vertu de l'art. 24(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Imbeault 51

Droit criminel — Verdict imposé — Fraude — Preuve concernant tous les éléments de l'infraction susceptible de justifier un verdict de culpabilité si acceptée par le jury — Verdict imposé annulé.

R. c. Théroux 5

Droit criminel — Fraude — Éléments de l'infraction — Mens rea — L'accusé était l'âme dirigeante d'une compagnie engagée dans la construction domiciliaire — Perception de dépôts auprès d'acheteurs éventuels sur la foi de fausses déclarations selon lesquelles les dépôts étaient garantis — Projet non mené à terme en raison de l'insolvabilité de la compagnie — Accusé croyant sincèrement que le projet serait mené à terme et que les dépôts ne seraient pas perdus — L'accusé est-il coupable de fraude? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1).

R. c. Zlatic 29

Droit criminel — Fraude — Éléments de l'infraction — Réception par l'accusé des marchandises de fournisseurs en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit — Utilisation par l'accusé du produit de la vente des marchandises pour s'adonner au jeu — Accusé croyant que sa méthode de jeu lui permettrait de rembourser ses fournisseurs — Conclusion du juge du procès que l'accusé ne se souciait pas de payer les marchandises reçues des fournisseurs — L'accusé est-il coupable de fraude? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 1993

2^e volume, 1993

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Helder Goncalves *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GONCALVES

File No.: 23060.

1993: April 2.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Charter of Rights — Criminal law — Evidence — Unreasonable search and seizure — Evidence admitted under s. 24(2) of Charter — Court of Appeal erred in reversing trial judge's finding that the evidence should not be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 16 W.C.B. (2d) 238, allowing an appeal against a conviction by Marshall J. Appeal allowed.

Bernard Laprade and *Wesley W. Smart*, for the appellant.

Marvin R. Bloos, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—Having indicated no error on the part of the trial judge as regards the applicable principles when determining a s. 24(2) [of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*] issue, we agree with Fraser C.J. that it was error on the part of the majority of the Alberta Court of Appeal to reverse the trial judge's finding. Accordingly, the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Helder Goncalves** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. GONCALVES

^b N° du greffe: 23060.

1993: 2 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Charte des droits — Droit criminel — Preuve — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve admise en vertu de l'art. 24(2) de la Charte — La Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge du procès selon laquelle il n'y a pas lieu d'écartier la preuve en vertu de l'art. 24(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 16 W.C.B. (2d) 238, qui a accueilli l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Marshall. Pourvoi accueilli.

Bernard Laprade et *Wesley W. Smart*, pour l'appelante.

^e *Marvin R. Bloos*, pour l'intimé.

^f Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE EN CHEF LAMER—Vu qu'on n'a mentionné aucune erreur de la part du juge du procès en ce qui concerne les principes applicables pour statuer sur une question fondée sur le par. 24(2) [de la *Charte canadienne des droits et libertés*], nous convenons avec le juge en chef Fraser que la Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge du procès. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et le verdict de culpabilité est rétabli.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: The Federal Department of Justice, Edmonton.

Procureur de l'appelante: Le ministère fédéral de la Justice, Edmonton.

*Solicitors for the respondent: Beresh Depoe
Cunningham, Edmonton.*

^a

*Procureurs de l'intimé: Beresh Depoe
Cunningham, Edmonton.*

Robert Théroux *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THÉROUX

File No.: 22249.

1992: November 3; 1993: April 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Fraud — Elements of offence — Mens rea — Accused directing mind of company involved in residential construction — Deposits taken from potential purchasers on false representation that deposits were insured — Project not completed following company's insolvency — Accused honestly believing that project would be completed and deposits not lost — Whether accused guilty of fraud — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1).

The accused, the directing mind of a company involved in residential construction, was charged with fraud. The company entered into agreements with a number of individuals for the purchase of residences. The contracts were made and the deposits taken on the basis of a false representation by the company that the deposits were insured. The representation was made orally and backed up by a certificate of participation in the insurance program. In addition, a brochure describing the program was distributed to most of the depositors. In fact, the company never paid the premiums due on a first application for participation in the insurance program and a second application was never completed. The company became insolvent, the project was not completed and most of the depositors lost their money. The trial judge found that the accused, as directing mind of the company, was responsible for the misrepresentations. The accused knew at the time that the deposits were not guaranteed but nevertheless made misrepresentations to induce potential home purchasers to sign a contract and give a deposit. The trial judge also found that the accused sincerely believed that the residential project would be completed and hence that the deposits

Robert Théroux *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THÉROUX

N° du greffe: 22249.

^b

1992: 3 novembre; 1993: 8 avril.

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

Droit criminel — Fraude — Éléments de l'infraction — Mens rea — L'accusé était l'âme dirigeante d'une compagnie engagée dans la construction domiciliaire — Perception de dépôts auprès d'acheteurs éventuels sur la foi de fausses déclarations selon lesquelles les dépôts étaient garantis — Projet non mené à terme en raison de l'insolvabilité de la compagnie — Accusé croyant sincèrement que le projet serait mené à terme et que les dépôts ne seraient pas perdus — L'accusé est-il coupable de fraude? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1).

L'accusé, qui était l'âme dirigeante d'une compagnie engagée dans la construction domiciliaire, a été inculpé de fraude. La compagnie a conclu des contrats de vente de résidences avec un certain nombre de personnes. Les contrats ont été conclus et les dépôts perçus sur la foi d'une fausse déclaration de la compagnie selon laquelle les dépôts étaient garantis. Cette déclaration, faite verbalement, était appuyée par une attestation de participation au plan de garantie. En outre, une brochure décrivant ce plan était remise à la plupart des déposants. En réalité, la compagnie n'a jamais payé les primes dues à la suite d'une première demande de participation au plan de garantie et une deuxième demande n'a jamais été remplie. La compagnie est devenue insolvable, le projet n'a pas été mené à terme et la plupart des déposants ont perdu leur dépôt. Le juge du procès a conclu que l'accusé, à titre d'âme dirigeante de la compagnie, était responsable des fausses déclarations. L'accusé savait à l'époque que les dépôts n'étaient pas garantis, mais il a tout de même fait ces fausses déclarations en vue d'amener les acheteurs de maison éventuels à conclure un contrat et à verser un dépôt. Le juge du procès a également conclu que l'accusé croyait sincèrement que le

would not be lost. The accused was convicted of fraud pursuant to s. 380(1)(a) of the *Criminal Code* and the Court of Appeal upheld the conviction. The issue in this appeal is whether the fact that the accused honestly believed that the project would be completed negates the *mens rea* of the offence of fraud.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The *actus reus* of fraud is established by proof of a prohibited act, be it an act of deceit, falsehood or other fraudulent means, and by proof of deprivation caused by the prohibited act (which may consist in actual loss or the placing of the victim's pecuniary interests at risk). Just as what constitutes a falsehood or a deceitful act for the purpose of the *actus reus* is judged on the objective facts, the *actus reus* of fraud by "other fraudulent means" is determined objectively, by reference to what a reasonable person would consider to be a dishonest act. Correspondingly, the *mens rea* of fraud is established by proof of subjective knowledge of the prohibited act, and by proof of subjective knowledge that the performance of the prohibited act could have as a consequence the deprivation of another (which deprivation may consist in knowledge that the victim's pecuniary interests are put at risk). In certain cases, the subjective knowledge of the risk of deprivation may be inferred from the act itself, barring some explanation casting doubt on such inference. Where the conduct and knowledge required by these definitions are established, the accused is guilty whether he actually intended the deprivation or was reckless as to whether it would occur. The accused's belief that the conduct is not wrong or that no one will in the end be hurt affords no defence to a charge of fraud. While the scope of the offence may encompass a broad range of dishonest commercial dealings, the proposed definition of *mens rea* will not catch conduct which does not warrant criminalization. Only the deliberately practised fraudulent acts which, in the knowledge of the accused, actually put the property of others at risk will constitute fraud. The requirement of intentional fraudulent action excludes mere negligent misrepresentation, or sharp business practice.

In this case, it is clear from the trial judge's findings that the offence of fraud is made out. The *actus reus* is established: the accused committed deliberate false-

projet de construction domiciliaire serait réalisé et, par conséquent, que les dépôts ne seraient pas perdus. L'accusé a été déclaré coupable de fraude conformément à l'al. 380(1)a) du *Code criminel* et la Cour d'appel a maintenu cette déclaration de culpabilité. Il s'agit en l'espèce de déterminer si le fait que l'accusé croyait honnêtement que le projet serait réalisé efface la *mens rea* de l'infraction de fraude.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin: L'*actus reus* de l'infraction de fraude sera établi par la preuve d'un acte prohibé, qu'il s'agisse d'une supercherie, d'un mensonge ou d'un autre moyen dolosif, et par la preuve de la privation causée par l'acte prohibé (qui peut consister en une perte véritable ou dans le fait de mettre en péril les intérêts pécuniaires de la victime). Tout comme ce qui constitue un mensonge ou une supercherie pour les fins de l'*actus reus* est déterminé en fonction des faits objectifs, l'*actus reus* de la fraude par un «autre moyen dolosif» est déterminé objectivement, selon ce qu'une personne raisonnable considérerait comme un acte malhonnête. De même, la *mens rea* de la fraude est établie par la preuve de la connaissance subjective de l'acte prohibé et par la preuve de la connaissance subjective que l'accomplissement de l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui (laquelle privation peut consister en la connaissance que les intérêts pécuniaires de la victime sont mis en péril). Dans certains cas, la connaissance subjective du risque de privation peut être déduite de l'acte lui-même, sous réserve de quelque explication qui vient mettre en doute cette déduction. Si la conduite et la connaissance requises par ces définitions sont établies, l'accusé est coupable peu importe qu'il ait effectivement souhaité la privation ou qu'il lui était indifférent qu'elle survienne ou non. La conviction de l'accusé que sa conduite n'est pas mauvaise ou que personne ne sera lésé en fin de compte ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation de fraude. Si l'infraction de fraude peut viser une large gamme d'activités commerciales malhonnêtes, la définition proposée de la *mens rea* ne visera pas une conduite ne justifiant pas la criminalisation. Seuls les actes frauduleux accomplis délibérément qui, à la connaissance de l'accusé, mettent vraiment en péril le bien d'autrui, constituent une fraude. L'exigence d'un acte frauduleux intentionnel exclut la simple déclaration inexacte faite par négligence ou la pratique commerciale déloyale.

En l'espèce, il ressort nettement des conclusions du juge du procès qu'il y a eu fraude. L'*actus reus* est établi: l'accusé a menti délibérément et ses mensonges ont

hoods which caused or gave rise to deprivation. First, the depositors did not get the insurance protection they were told they would get and, second, the money they gave to the accused's company was put at risk, a risk which in most cases materialized. The *mens rea* too is established: the accused told the depositors that they had insurance protection when he knew this to be false. By this act he was knowingly depriving the depositors of something they thought they had, namely insurance protection. It may also be inferred from his knowledge that insurance protection was not in place that the accused knew that he was subjecting the depositors' money to risk. The fact that he sincerely believed that the houses would be built, and that the deposits would not be lost, was no defence to the crime.

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: Subject to the following reservations, McLachlin J.'s analysis of the law of fraud was generally agreed with. First, while the accused's belief that an act is honest will not avail if it is objectively dishonest as determined by reasonable persons, it is critical to distinguish this from the accused's belief in facts that, if true, would deprive the act of its dishonest character. Secondly, *mens rea* is not typically concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*. The *actus reus* often includes the consequences, and, frequently, more serious offences are distinguished from less serious offences by the consequences without any additional mental element. Thirdly, the general proposition that "[r]ecklessness presupposes knowledge of the likelihood of the prohibited consequences" is applicable in the case of fraud but not necessarily for other offences.

In this case, the trial judge's finding that the accused deliberately lied to his customers determines both the *actus reus* and *mens rea* of deceit. If the sole issue were whether the accused's conduct created a risk that the depositors might be deprived of their deposits by reason of the non-completion of the project, the appeal should be allowed. Where the risk of deprivation is dependent on some future event not happening but the accused honestly believes that the future event will happen and there will be no deprivation, a trial judge who accepts this evidence should acquit. Here, the trial judge found there was no insurance in place, however, and therefore even if the project were eventually completed, there would have been a deprivation or risk thereof during the uninsured period. The trial judge, having made all the findings of fact which constitute a deprivation, ought to have found that this element had been made out. Failure

causé une privation. Premièrement, les déposants n'ont pas obtenu la garantie qui leur était promise et, deuxièmement, l'argent qu'ils ont versé à la compagnie de l'accusé a été exposé à un risque qui, dans la plupart des cas, s'est concrétisé. La *mens rea* est également établie: l'accusé a dit aux déposants qu'ils bénéficiaient d'une garantie alors qu'il savait que c'était faux. Par ce geste, il a privé sciemment les déposants d'une chose dont ils croyaient bénéficier, soit une garantie. On peut également déduire de sa connaissance de l'absence de garantie que l'accusé savait qu'il exposait à un risque l'argent des déposants. Le fait qu'il croyait sincèrement que les résidences seraient construites et que les dépôts ne seraient pas perdus ne constituait pas un moyen de défense opposable au crime commis.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: L'analyse que le juge McLachlin fait du droit de la fraude est acceptée de manière générale, à l'exception des réserves suivantes. Premièrement, même si la conviction de l'accusé qu'un acte est honnête ne sera guère utile si cet acte est, aux yeux d'une personne raisonnable, objectivement malhonnête, il est essentiel d'établir une distinction entre une telle conviction et celle de l'accusé à l'égard de faits qui, s'ils étaient avérés, dépouilleraient l'acte de son caractère malhonnête. Deuxièmement, la *mens rea* ne porte pas habituellement sur les conséquences de l'*actus reus* prohibé. Il arrive fréquemment que l'*actus reus* inclue les conséquences et que des infractions plus graves se distinguent d'infractions moins graves par leurs conséquences indépendamment de tout élément moral additionnel. Troisièmement, la proposition générale selon laquelle «[l']insouciance présume la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées» s'applique au cas de fraude, mais non nécessairement à d'autres infractions.

En l'espèce, la conclusion du juge du procès que l'accusé a délibérément menti à ses clients détermine à la fois l'*actus reus* et la *mens rea* de la supercherie. S'il s'était agi uniquement de déterminer si la conduite de l'accusé créait un risque que les déposants se voient privés de leurs dépôts en raison de la non-réalisation du projet, il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi. Si le risque de privation dépend de la non-réalisation d'un événement ultérieur, mais que l'accusé croit honnêtement que cet événement se produira et qu'il n'y aura aucune privation, le juge du procès qui accepte cette preuve doit prononcer un verdict d'acquiescement. En l'espèce, toutefois, le juge du procès a conclu qu'aucune garantie n'existait et que, par conséquent, même si le projet avait été éventuellement mené à terme, il y aurait eu privation ou risque de privation au cours de la période pendant laquelle aucune garantie n'existait. Après avoir tiré

to make such a determination would be an error of law and would entitle this Court to affirm the conviction and dispose of the case on this basis.

Per L'Heureux-Dubé J.: Subject to the second and third reservations expressed by Sopinka J., the reasons of McLachlin J. were generally agreed with.

Cases Cited

By McLachlin J.

Not followed: *R. v. Landy*, [1981] 1 All E.R. 1172; *R. v. Ghosh*, [1982] 2 All E.R. 689; **approved:** *R. v. Long* (1990), 61 C.C.C. (3d) 156; **disapproved:** *R. v. Bobbie* (1988), 43 C.C.C. (3d) 187; *Lacroix v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 812; *R. v. Daigle* (1987), 9 Q.A.C. 140; *R. v. Sebe* (1987), 35 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Mugford* (1990), 58 C.C.C. (3d) 172; **referred to:** *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Doren* (1982), 36 O.R. (2d) 114; *R. v. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65; *R. v. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313; *R. v. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23; *R. v. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. v. Currie*; *R. v. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280; *Welham v. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103; *R. v. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257; *R. v. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252; *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. v. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198; *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174.

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 444 [rep. & sub. 1948, c. 39, s. 13].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 32; 1985, c. 19, s. 55].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 54].
Theft Act, 1968 (U.K.), 1968, c. 60, ss. 1, 15(1).

toutes les conclusions de fait qui constituent une privation, le juge du procès aurait dû conclure que cet élément avait été établi. L'omission de tirer cette conclusion constituerait une erreur de droit et habiliterait notre Cour à confirmer la déclaration de culpabilité et à trancher l'affaire en conséquence.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs du juge McLachlin sont acceptés d'une manière générale, à l'exception des deuxième et troisième réserves exprimées par le juge Sopinka.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts non suivis: *R. c. Landy*, [1981] 1 All E.R. 1172; *R. c. Ghosh*, [1982] 2 All E.R. 689; **arrêt approuvé:** *R. c. Long* (1990), 61 C.C.C. (3d) 156; **arrêts critiqués:** *R. c. Bobbie* (1988), 43 C.C.C. (3d) 187; *Lacroix c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 812; *R. c. Daigle* (1987), 9 Q.A.C. 140; *R. c. Sebe* (1987), 35 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Mugford* (1990), 58 C.C.C. (3d) 172; **arrêts mentionnés:** *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Doren* (1982), 36 O.R. (2d) 114; *R. c. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65; *R. c. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313; *R. c. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23; *R. c. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342; *R. c. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193; *R. c. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. c. Currie*; *R. c. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280; *Welham c. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103; *R. c. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257; *R. c. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252; *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. c. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198; *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 54].
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 444 [abr. & rempl. 1948, ch. 39, art. 13].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 338(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 32; 1985, ch. 19, art. 55].
Theft Act, 1968 (R.-U.), 1968, ch. 60, art. 1, 15(1).

Authors Cited

Ewart, J. Douglas. *Criminal Fraud*. Toronto: Carswell, 1986.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 79, 61 C.C.C. (3d) 525, dismissing the accused's appeal from his conviction for fraud. Appeal dismissed.

Jean-Claude Hébert and *Eric Downs*, for the appellant.

Marcel Patenaude and *Léopold Goulet*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. —I have had the benefit of reading the reasons for judgment of McLachlin J. herein and I agree with much of her analysis and the conclusion she reaches. With respect to the meaning to be ascribed to "other fraudulent means" in s. 380(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, I agree that the objective dishonesty test should be applied rather than the subjective approach adopted in the English cases. Although this issue does not arise in this case, it is crucial to the decision in *R. v. Zlatic*, [1993] 2 S.C.R. 29, which is released herewith. There are several issues in my colleague's analysis of the law of fraud with which I have difficulty, and since I will elaborate on them in *Zlatic* I will content myself with simply mentioning them here.

First, while I agree that the accused's belief that an act is honest will not avail if it is objectively dishonest as determined by reasonable persons, it is critical to distinguish this from the accused's belief in facts that, if true, would deprive the act of its dishonest character. Secondly, I cannot agree with the statement that "[t]ypically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*." The *actus reus* often includes the consequences, and, frequently, more serious offences are distinguished from less serious offences by the

Doctrine citée

Ewart, J. Douglas. *Criminal Fraud*. Toronto: Carswell, 1986.

^a Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 79, 61 C.C.C. (3d) 525, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de fraude. Pourvoi rejeté.

Jean-Claude Hébert et *Eric Downs*, pour l'appellant.

^c *Marcel Patenaude* et *Léopold Goulet*, pour l'intimée.

^d Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs de jugement du juge McLachlin et je souscris en grande partie à son analyse et à la conclusion à laquelle elle arrive. En ce qui concerne le sens à donner à l'expression «autre moyen dolosif» du par. 380(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, je conviens que le critère de la malhonnêteté objective devrait être appliqué plutôt que l'approche subjective adoptée dans les décisions anglaises. Même si cette question ne se pose pas en l'espèce, elle est cruciale dans l'arrêt *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29, rendu simultanément. Il m'est difficile d'être d'accord avec plusieurs points que ma collègue soulève dans son analyse du droit de la fraude mais, puisque je vais les expliquer de façon détaillée dans l'arrêt *Zlatic*, je me contenterai ici de les mentionner.

^h Premièrement, même si je conviens que la conviction de l'accusé qu'un acte est honnête ne sera guère utile si cet acte est, aux yeux d'une personne raisonnable, objectivement malhonnête, il est essentiel d'établir une distinction entre une telle conviction et celle de l'accusé à l'égard de faits qui, s'ils étaient avérés, dépouilleraient l'acte de son caractère malhonnête. Deuxièmement, je ne puis souscrire à l'affirmation voulant que «[h]abituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l'*actus reus* prohibé.» Il arrive fréquemment

consequences without any additional mental element. See *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. Thirdly, I have reservations about the statement that “[r]ecklessness presupposes knowledge of the likelihood of the prohibited consequences” as a general proposition. This is the subjective definition of recklessness which I agree is applicable in the case of fraud but not necessarily in all cases. For instance, recklessness in the definition of criminal negligence may arguably be made out if there is objective foresight of risk. This is an issue which we have yet to resolve.

In this case, the trial judge’s finding that the appellant deliberately lied to his customers that their deposits were insured determines both the *actus reus* and *mens rea* of deceit which is the first element in the definition of fraud. That leaves for consideration the issue of deprivation or risk thereof which is the second element. The trial judge found that there was no insurance in place but that the appellant believed that there was no risk to the depositors because the project would be completed and the depositors would obtain the homes in respect of which the deposits were placed. If the sole issue were whether the conduct of the appellant created a risk of deprivation to the depositors of their deposits by reason of the non-completion of the project, I would have allowed the appeal. If the risk of deprivation is dependent on some future event not happening but the accused honestly believes that the future event will happen and there will be no deprivation, a trial judge who accepts this evidence should acquit. The Crown will not have proved *mens rea* with respect to deprivation. In this case, however, the trial judge found there was no insurance in place and, therefore, even if the project were eventually completed, there would have been a deprivation or risk of deprivation during the uninsured period. The trial judge, having made all the findings of fact which constitute a deprivation, ought to have found that this element had been made out. While the trial judge may not have made this specific

que l’*actus reus* inclue les conséquences et que des infractions plus graves se distinguent d’infractions moins graves par leurs conséquences indépendamment de tout élément moral additionnel. Voir *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. Troisièmement, j’éprouve des doutes à l’égard de l’affirmation, posée comme principe général, selon laquelle «[l]’insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées.» Il s’agit là de la définition subjective de l’insouciance qui, je le reconnais, s’applique au cas de fraude, mais non nécessairement à tous les cas. Ainsi, on pourrait soutenir que, selon la définition de négligence criminelle, il y a insouciance s’il y a prévision objective du risque. C’est là une question que nous n’avons pas encore résolue.

En l’espèce, la conclusion du juge du procès que l’appellant a délibérément menti à ses clients en leur disant que leurs dépôts étaient garantis détermine à la fois l’*actus reus* et la *mens rea* de la supercherie qui est le premier élément de la définition de fraude. Reste la question de la privation, ou du risque de privation, qui en est le deuxième élément. Le juge du procès a conclu qu’aucune garantie n’existait, mais que l’appellant croyait que les déposants ne risquaient rien puisque le projet serait réalisé et que les déposants obtiendraient les résidences pour lesquelles les dépôts ont été versés. S’il s’était agi uniquement de déterminer si la conduite de l’appellant créait un risque que les déposants se voient privés de leurs dépôts en raison de la non-réalisation du projet, j’aurais accueilli le pourvoi. Si le risque de privation dépend de la non-réalisation d’un événement ultérieur, mais que l’accusé croit honnêtement que cet événement se produira et qu’il n’y aura aucune privation, le juge du procès qui accepte cette preuve doit prononcer un verdict d’acquiescement. Le ministère public n’aura pas établi la *mens rea* à l’égard de la privation. En l’espèce, toutefois, le juge du procès a conclu qu’aucune garantie n’existait et que, par conséquent, même si le projet avait été éventuellement mené à terme, il y aurait eu privation ou risque de privation au cours de la période pendant laquelle aucune garantie n’existait. Après avoir tiré toutes les conclusions de fait qui constituent une privation, le juge du procès aurait dû conclure que

determination, failure to do so would be an error of law and we are entitled to affirm the conviction and dispose of the case on this basis. I would dismiss the appeal.

The judgment of La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal requires the Court to consider the elements of the offence of fraud, and in particular the mental element or *mens rea* necessary to sustain a conviction for fraud. The question is whether a belief that, in the end, a dishonest practice will not result in loss to the victims of that practice, negates the guilty mind necessary to establish the offence of fraud.

I — Facts

The appellant, Robert Théroux, was a businessman involved in residential construction in the province of Quebec. He operated through a company called Les Habitations Co-Hab Inc. Although a personal bankruptcy prevented him from serving as a director of Co-Hab, Théroux was the directing mind, or *âme dirigeante*, of the company.

The charges arise out of two residential housing projects Co-Hab undertook through its subsidiaries, one in Laprairie and one in St-Catherine. Sales to prospective home buyers were solicited from a trailer located on the Laprairie site. Co-Hab's representative at this site entered into agreements for the purchase of the residences with a number of individuals, collecting deposits from them.

The contracts were made and the deposits taken on the basis of a representation by Co-Hab that the deposits were insured by the Fédération de construction du Québec. The representation was made orally. It was backed up by a certificate of participation in the insurance program posted on the trailer wall, which had been furnished to Co-Hab

cet élément avait été établi. Même s'il se peut que le juge du procès n'ait pas tiré cette conclusion précise, l'omission de le faire constituerait une erreur de droit et nous sommes en droit de confirmer la déclaration de culpabilité et de trancher l'affaire en conséquence. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—En l'espèce, la Cour est appelée à examiner les éléments de l'infraction de fraude et, en particulier, l'élément moral ou la *mens rea* nécessaire à une déclaration de culpabilité de fraude. Il s'agit de savoir si la conviction qu'en définitive une pratique malhonnête ne causera aucune perte aux victimes de cette pratique efface l'intention coupable nécessaire à l'infraction de fraude.

I — Les faits

L'appellant, Robert Théroux, était un homme d'affaires engagé dans la construction domiciliaire au Québec. Il exploitait une compagnie appelée Les Habitations Co-Hab Inc. Même si, en raison d'une faillite personnelle, il ne pouvait agir comme administrateur de Co-Hab, Théroux était l'âme dirigeante de la compagnie.

Les accusations ont été portées relativement à deux projets de construction domiciliaire, l'un à Laprairie et l'autre à Ste-Catherine, mis sur pied par Co-Hab par l'entremise de ses filiales. Les acheteurs de maison éventuels étaient sollicités depuis une remorque située au chantier de Laprairie. Le représentant de Co-Hab, à cet endroit, a conclu des contrats de vente de résidences avec un certain nombre de personnes et a perçu des dépôts auprès de ces dernières.

Les contrats ont été conclus et les dépôts perçus sur la foi d'une déclaration de Co-Hab selon laquelle les dépôts étaient garantis par la Fédération de construction du Québec. Cette déclaration, faite verbalement, était appuyée par une attestation de participation au plan de garantie affichée au mur de la remorque, qui avait été remise à Co-Hab

before it completed the application process. In addition, a brochure describing the insurance program was distributed to most of the depositors.

In fact, the representations that the deposits were insured were false. Co-Hab never paid the premiums due on a first application for participation in the insurance program; a second application was never completed. The trial judge found that Théroux, as the directing mind of Co-Hab, was responsible for these misrepresentations.

The company which was to have built the residences became insolvent and could not complete the project. Some of the depositors got their money back, but most lost the entire amount.

II — Judgments Below

The trial judge found that the appellant Théroux was responsible for the misrepresentations that the deposits were guaranteed, and that he had made them for the purpose of obtaining the depositors' signatures and deposits. He found that Théroux had made these misrepresentations without any reasonable assurance that the residential construction project would be completed, although he sincerely believed that it would be completed:

[TRANSLATION] So it was these false representations, . . . one cannot at some point sell real estate by saying: "I will deliver it on such and such a date", without being assured, like any reasonable man should be, that it can be done.

The trial judge convicted Théroux of thirteen of the eighteen counts of fraud with which he stood charged pursuant to s. 380(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1)(a)).

The Court of Appeal upheld the convictions: (1990), 61 C.C.C. (3d) 525, [1991] R.J.Q. 79. Dubé J.A. held that all that was required for a conviction was a dishonest act which had as a consequence that someone was deprived of something; the fact that Théroux honestly believed that the

avant qu'elle complète le processus de demande. En outre, une brochure décrivant le plan de garantie était remise à la plupart des déposants.

En réalité, les déclarations selon lesquelles les dépôts étaient garantis étaient fausses. Co-Hab n'a jamais payé les primes dues à la suite d'une première demande de participation au plan de garantie; une deuxième demande n'a jamais été remplie. Le juge du procès a conclu qu'à titre d'âme dirigeante de Co-Hab Théroux était responsable de ces fausses déclarations.

La compagnie qui aurait dû construire les résidences est devenue insolvable, et n'a pu mener le projet à terme. Si certains déposants ont été remboursés, la plupart ont perdu le montant total de leur dépôt.

II — Les juridictions inférieures

Le juge du procès a conclu que l'appelant Théroux était responsable des fausses déclarations selon lesquelles les dépôts étaient garantis, et qu'il les avait faites dans le but d'obtenir la signature et les dépôts des déposants. Il a statué que Théroux avait fait ces fausses déclarations sans être raisonnablement certain que le projet de construction domiciliaire serait réalisé, même s'il croyait sincèrement qu'il le serait:

Alors c'est des fausses représentations, on ne peut pas à un moment donné vendre des immeubles en disant: «Je vais vous les livrer à telle date», sans s'être assuré, comme tout homme raisonnable devrait le faire, qu'on peut le réaliser.

Le juge du procès a déclaré Théroux coupable relativement à treize des dix-huit chefs d'accusation de fraude qui avaient été portés contre lui conformément à l'al. 380(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, al. 338(1)(a)).

La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité: [1991] R.J.Q. 79. Le juge Dubé a conclu qu'il suffisait, pour prononcer une déclaration de culpabilité, qu'un acte malhonnête ait eu pour effet de priver quelqu'un de quelque chose; le fait que Théroux croyait sincèrement que les rési-

residences would be built, and that the deposits would not be lost, was no defence to the crime. Proulx J.A. held that the *mens rea* of fraud requires proof of subjective dishonesty: there must be a dishonest act on the part of the accused and that act must be thought, subjectively, to be dishonest. Proulx J.A. held, however, that this did not mean that Théroux should be acquitted because of his belief that the project would be completed. It was open to the trial judge to conclude that the Crown had proved a subjective dishonest intention to defraud even if the accused initially intended to repay, or, in this case, honour the deposits of, his victims. Proulx J.A. concluded that although Théroux's primary intention may not have been to perpetrate a fraud, Théroux [TRANSLATION] "could not take refuge behind the *hope* of completing the project if moreover "he had no guarantee that he could complete it" ". (Emphasis in original.) He suggested that the intention to defraud arose later, when the project ran into difficulties (at p. 537 C.C.C.):

[TRANSLATION] What caused problems for the appellant arose not in the elaboration of his residential project, but in its execution.

III — Legislation

Criminal Code

Prior to December 4, 1985, s. 380(1) (then s. 338(1)) read:

338. (1) Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years, where the subject-matter of the fraud is a testamentary instrument or where the value thereof exceeds two hundred dollars; or

(b) is guilty

(i) of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years, or

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

dences seraient construites et que les dépôts ne seraient pas perdus ne constituait pas un moyen de défense opposable au crime commis. Le juge Proulx a conclu que la *mens rea* de la fraude nécessite la preuve d'une malhonnêteté subjective: l'accusé doit avoir accompli un acte malhonnête que, subjectivement, il croit malhonnête. Selon le juge Proulx, cela ne signifiait toutefois pas que Théroux devait être acquitté parce qu'il croyait que le projet serait réalisé. Le juge du procès pouvait conclure que le ministère public avait établi l'existence d'une intention malhonnête subjective de frauder même si l'accusé avait l'intention, au départ, de rembourser ses victimes ou, en l'espèce, d'honorer les dépôts qu'elles avaient versés. Le juge Proulx a conclu que, même s'il se pouvait qu'il n'ait pas été animé de l'intention de frauder au départ, Théroux «ne pouvait pas se retrancher derrière l'*espoir* de réaliser le projet si, par ailleurs, «il n'avait aucune garantie qu'il pouvait le réaliser»». (En italique dans l'original.) Il a affirmé que l'intention de frauder était apparue plus tard, au moment où le projet a connu des difficultés (à la p. 87):

Ce qui cause problème à l'appelant est survenu non pas dans l'élaboration de son projet domiciliaire, mais dans son exécution.

f III — Les dispositions législatives

Code criminel

g Avant le 4 décembre 1985, le par. 380(1) (alors le par. 338(1)) était ainsi rédigé:

h 338. (1) Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur

a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans si l'objet de la fraude est un titre testamentaire ou si la valeur de ce dont est frustré le public ou toute personne dépasse deux cents dollars; ou

b) est coupable

(i) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, ou

(ii) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

where the value of the property of which the public or any person is defrauded does not exceed two hundred dollars.

It now reads:

380. (1) Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(a) is guilty of an indictable offence and liable to a term of imprisonment not exceeding ten years, where the subject-matter of the offence is a testamentary instrument or where the value of the subject-matter of the offence exceeds one thousand dollars; or

(b) is guilty

(i) of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

where the value of the subject-matter of the offence does not exceed one thousand dollars.

IV — Issue

There is no doubt that the appellant deliberately practised a deceitful act, constituting the *actus reus* of the offence of fraud. The issue is whether the fact that he honestly believed that the projects would be completed negates the guilty mind or *mens rea* of the offence. This requires this Court to examine the question of what constitutes the *mens rea* for the offence of fraud.

V — Discussion

1. Introduction

Fraud, as a substantive offence, was introduced in Canada only in 1948. Before this date, conspiracy to defraud was a criminal offence, but fraud committed by one person was not. In 1948 (S.C. 1948, c. 39, s. 13), s. 444 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, was amended to delete the "conspiracy" requirement and create the general offence of fraud. In the years following, there have been only minor amendments to the section.

si la valeur du bien dont est frustré le public ou toute personne ne dépasse pas deux cents dollars.

Maintenant, il se lit ainsi:

380. (1) Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur:

a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, si l'objet de l'infraction est un titre testamentaire ou si la valeur de l'objet de l'infraction dépasse mille dollars;

b) est coupable:

(i) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans,

(ii) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

si la valeur de l'objet de l'infraction ne dépasse pas mille dollars.

IV — La question en litige

Il n'y a pas de doute que l'appelant a délibérément eu recours à la supercherie qui constitue l'*actus reus* de l'infraction de fraude. Il s'agit de déterminer si le fait qu'il croyait honnêtement que les projets seraient réalisés efface l'intention coupable ou la *mens rea* de l'infraction. Notre Cour doit donc déterminer ce qui constitue la *mens rea* de l'infraction de fraude.

V — Analyse

1. Introduction

La fraude, en tant qu'infraction matérielle précise, n'est apparue au Canada qu'en 1948. Auparavant, le complot en vue de frauder était une infraction criminelle, alors que la fraude commise par une seule personne ne l'était pas. En 1948 (S.C. 1948, ch. 39, art. 13), l'art. 444 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, a été modifié de manière à supprimer l'exigence de «complot» et à créer l'infraction générale de fraude. Au cours des années qui ont suivi, l'article n'a subi que des modifications mineures.

It has been said that a single precept underlies the offence of fraud: "commercial affairs are to be conducted honestly" (J. D. Ewart, *Criminal Fraud* (1986), at p. 9). The courts, in the decades since the adoption of the new offence, have moved to develop a jurisprudence which conforms to this central tenet. Nevertheless, the generality of the language of the section coupled with the lack of jurisprudential antecedents created uncertainty as to the elements of the offence. In 1978, this Court provided a comprehensive definition of the *actus reus* of the offence in *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175. But uncertainty remained about what was required to establish the *mens rea* of the offence, the issue raised in this case. Is the test for guilty mind objective or subjective? More particularly, does an honest belief that no one will be harmed establish the absence of *mens rea*? Again, must the accused subjectively believe that his or her act is dishonest before he or she will have the required *mens rea*?

2. The Actus Reus of Fraud

Since the *mens rea* of an offence is related to its *actus reus*, it is helpful to begin the analysis by considering the *actus reus* of the offence of fraud. Speaking of the *actus reus* of this offence, Dickson J. (as he then was) set out the following principles in *Olan*:

- (i) the offence has two elements: dishonest act and deprivation;
- (ii) the dishonest act is established by proof of deceit, falsehood or "other fraudulent means";
- (iii) the element of deprivation is established by proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim, caused by the dishonest act.

Olan marked a broadening of the law of fraud in two respects. First, it overruled previous authority which suggested that deceit was an essential element of the offence. Instead, it posited the general concept of dishonesty, which might manifest itself

On a dit que l'infraction de fraude repose sur un principe unique: [TRADUCTION] «les activités commerciales doivent se dérouler honnêtement» (J. D. Ewart, *Criminal Fraud* (1986), à la p. 9). Au cours des décennies qui ont suivi l'adoption de la nouvelle infraction, les tribunaux ont entrepris de développer une jurisprudence conforme à ce principe fondamental. Néanmoins, le caractère général du texte de l'article, conjugué à l'absence de précédents jurisprudentiels, a engendré une incertitude quant aux éléments de l'infraction. En 1978, notre Cour a donné une définition exhaustive de l'*actus reus* de l'infraction dans *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175. Toutefois, l'incertitude est demeurée quant à la question de savoir ce qui est requis pour établir la *mens rea* de l'infraction, laquelle question est soulevée en l'espèce. Le critère applicable à l'intention coupable est-il objectif ou subjectif? Plus précisément, la conviction sincère que personne ne subira un préjudice démontre-t-elle l'absence de *mens rea*? Encore une fois, pour avoir la *mens rea* nécessaire, l'accusé doit-il subjectivement croire que son acte est malhonnête?

2. L'actus reus de la fraude

Étant donné que la *mens rea* d'une infraction est liée à son *actus reus*, il est utile d'entamer l'analyse par l'étude de l'*actus reus* de l'infraction de fraude. Au sujet de l'*actus reus* de cette infraction, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a énoncé les principes suivants dans l'arrêt *Olan*:

- (i) l'infraction compte deux éléments: l'acte malhonnête et une privation;
- (ii) l'acte malhonnête est établi par la preuve d'une supercherie, d'un mensonge ou d'un «autre moyen dolosif»;
- (iii) l'élément de privation est établi si l'on prouve qu'en raison de l'acte malhonnête, les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risqué de préjudice à leur égard.

L'arrêt *Olan* a marqué un élargissement du droit de la fraude à deux égards. Il a d'abord renversé la jurisprudence antérieure qui laissait entendre que la supercherie était un élément essentiel de l'infraction. Il a plutôt énoncé le concept général de la

in deceit, falsehood or some other form of dishonesty. Just as what constitutes a lie or a deceitful act for the purpose of the *actus reus* is judged on the objective facts, so the "other fraudulent means" in the third category is determined objectively, by reference to what a reasonable person would consider to be a dishonest act. Second, *Olan* made it clear that economic loss was not essential to the offence; the imperilling of an economic interest is sufficient even though no actual loss has been suffered. By adopting an expansive interpretation of the offence, the Court established fraud as an offence of general scope capable of encompassing a wide range of dishonest commercial dealings.

Subsequent cases followed *Olan*'s lead, fleshing out the elements of the offence set out in *Olan* in a broad and purposive manner. One of the first questions which arose was whether the third type of dishonest conduct, "other fraudulent means", was a super-added element which the Crown must prove in addition to proving either deceit or falsehood. This was rejected in *R. v. Doren* (1982), 36 O.R. (2d) 114 (C.A.); see also *R. v. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65 (C.A.). In a number of subsequent cases, courts have defined the sort of conduct which may fall under this third category of other fraudulent means to include the use of corporate funds for personal purposes, non-disclosure of important facts, exploiting the weakness of another, unauthorized diversion of funds, and unauthorized arrogation of funds or property: *R. v. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313 (Ont. C.A.); *R. v. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348 (N.B.C.A.); *R. v. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23 (Ont. C.A.); *R. v. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557 (Que. C.A.); *R. v. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (Man. C.A.); *R. v. Currie*; *R. v. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280, and *R. v. Kirkwood*, *supra*. As noted above, where it is alleged that the *actus reus* of a particular fraud is "other fraudulent means", the existence of such means will be determined by what reasonable peo-

malhonnêteté, qui pourrait se manifester dans la supercherie, le mensonge ou une autre forme de malhonnêteté. Tout comme ce qui constitue un mensonge ou une supercherie pour les fins de l'*actus reus* est déterminé en fonction des faits objectifs, l'«autre moyen dolosif» de la troisième catégorie est déterminé objectivement, selon ce qu'une personne raisonnable considérerait comme un acte malhonnête. L'arrêt *Olan* a ensuite précisé que la perte économique n'était pas essentielle à l'infraction; la mise en péril d'un intérêt pécuniaire est suffisante, même si aucune perte véritable n'est subie. En adoptant une interprétation libérale de l'infraction, la Cour a fait de la fraude une infraction de portée générale susceptible d'englober une large gamme d'activités commerciales malhonnêtes.

Dans des affaires subséquentes, on a suivi l'exemple de l'arrêt *Olan* pour étoffer les éléments de l'infraction énoncés dans l'arrêt *Olan* d'une manière générale et fondée sur l'objet visé. L'une des premières questions qui se posait était de savoir si le troisième genre de conduite malhonnête, soit l'«autre moyen dolosif», était un élément surajouté que le ministère public doit établir en sus de la supercherie ou du mensonge. Cette hypothèse a été rejetée dans l'arrêt *R. c. Doren* (1982), 36 O.R. (2d) 114 (C.A.); voir également *R. c. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65 (C.A.). Les tribunaux ont, dans un certain nombre d'affaires subséquentes, défini le genre de conduite qui peut tomber dans cette troisième catégorie de l'autre moyen dolosif, comme incluant l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles, la dissimulation de faits importants, l'exploitation de la faiblesse d'autrui, le détournement non autorisé de fonds et l'usurpation non autorisée de fonds ou de biens: *R. c. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Ont.); *R. c. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348 (C.A.N.-B.); *R. c. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.); *R. c. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342 (C. cté Ont.); *R. c. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Qué.); *R. c. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *R. c. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (C.A. Man.); *R. c. Currie*; *R. c. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280, et *R. c.*

ple consider to be dishonest dealing. In instances of fraud by deceit or falsehood, it will not be necessary to undertake such an inquiry; all that need be determined is whether the accused, as a matter of fact, represented that a situation was of a certain character, when, in reality, it was not.

A further question, whether it was necessary for the accused to have profited by the fraud, had been uniformly answered in the negative prior to *Olan: Welham v. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103 (H.L.); *R. v. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257 (B.C.C.A.); *R. v. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252 (Que. C.A.); *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29, and *R. v. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198 (Ont. C.A.). In *Olan*, this Court affirmed this rule at pp. 1182-83.

3. *The Mens Rea of Fraud*

(i) Doctrinal Considerations

This brings us to the *mens rea* of fraud. What is the guilty mind of fraud? At this point, certain confusions inherent in the concept of *mens rea* itself become apparent. It is useful initially to distinguish between the mental element or elements of a crime and the *mens rea*. The term *mens rea*, properly understood, does not encompass all of the mental elements of a crime. The *actus reus* has its own mental element; the act must be the voluntary act of the accused for the *actus reus* to exist. *Mens rea*, on the other hand, refers to the guilty mind, the wrongful intention, of the accused. Its function in criminal law is to prevent the conviction of the morally innocent—those who do not understand or intend the consequences of their acts. Typically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*. Thus in the crimes of homicide, we speak of the consequences of the voluntary act—intention to cause death, or reckless and wilfully blind persistence in conduct which one knows is likely to cause death. In other

Kirkwood, précité. Tel que mentionné plus haut, lorsqu'on allègue que l'*actus reus* d'une fraude particulière est un «autre moyen dolosif», l'existence d'un tel moyen sera déterminée en fonction de ce qu'une personne raisonnable considère comme une activité malhonnête. Dans les cas de fraude par supercherie ou mensonge, il ne sera pas nécessaire d'entreprendre une telle analyse: il suffit de déterminer si l'accusé a effectivement déclaré qu'une situation était d'une certaine nature alors qu'en réalité elle ne l'était pas.

Une autre question, celle de savoir s'il était nécessaire que l'accusé ait tiré profit de la fraude, avait constamment reçu une réponse négative avant l'arrêt *Olan: Welham c. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103 (H.L.); *R. c. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257 (C.A.C.-B.); *R. c. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252 (C.A. Qué.); *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29, et *R. c. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198 (C.A. Ont.). Dans l'arrêt *Olan*, notre Cour a confirmé cette règle, aux pp. 1182 et 1183.

3. *La mens rea de la fraude*

(i) Considérations doctrinales

Nous en arrivons à la *mens rea* de la fraude. Quelle est l'intention coupable de la fraude? À ce stade, certaines confusions inhérentes au concept de la *mens rea* lui-même se manifestent. Il convient d'abord de distinguer entre l'élément moral ou les éléments moraux d'un crime et la *mens rea*. Le terme *mens rea*, interprété correctement, n'inclut pas tous les éléments moraux d'un crime. L'*actus reus* comporte son propre élément moral; pour qu'il y ait *actus reus*, l'acte de l'accusé doit être volontaire. Par ailleurs, la *mens rea* renvoie à l'intention coupable, illégale, de l'accusé. En droit criminel, son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente—qui ne comprend ni ne souhaite les conséquences de ses actes—soit déclarée coupable. Habituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l'*actus reus* prohibé. Ainsi, en matière d'homicide, il s'agit des conséquences de l'acte volontaire, soit l'intention de causer la mort ou le fait de persister, par insouciance ou ignorance volontaire, à se conduire

offences, such as dangerous driving, the *mens rea* may relate to the failure to consider the consequences of inadvertence.

This brings me to the question of whether the test for *mens rea* is subjective or objective. Most scholars and jurists agree that, leaving aside offences where the *actus reus* is negligence or inadvertence and offences of absolute liability, the test for *mens rea* is subjective. The test is not whether a reasonable person would have foreseen the consequences of the prohibited act, but whether the accused subjectively appreciated those consequences at least as a possibility. In applying the subjective test, the court looks to the accused's intention and the facts as the accused believed them to be: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 727-28.

Two collateral points must be made at this juncture. First, as Williams underlines, this inquiry has nothing to do with the accused's system of values. A person is not saved from conviction because he or she believes there is nothing wrong with what he or she is doing. The question is whether the accused subjectively appreciated that certain consequences would follow from his or her acts, not whether the accused believed the acts or their consequences to be moral. Just as the pathological killer would not be acquitted on the mere ground that he failed to see his act as morally reprehensible, so the defrauder will not be acquitted because he believed that what he was doing was honest.

The second collateral point is the oft-made observation that the Crown need not, in every case, show precisely what thought was in the accused's mind at the time of the criminal act. In certain cases, subjective awareness of the consequences can be inferred from the act itself, barring some explanation casting doubt on such inference. The fact that such an inference is made does not detract from the subjectivity of the test.

d'une façon que l'on sait de nature à causer la mort. Dans le cas d'autres infractions, comme celle de la conduite dangereuse, la *mens rea* peut avoir trait au défaut de considérer les conséquences de l'inattention.

Ceci m'amène à la question de savoir si le critère applicable à la *mens rea* est subjectif ou objectif. La plupart des auteurs de doctrine et des juristes conviennent qu'à l'exception des infractions dont l'*actus reus* est la négligence ou l'inattention et des infractions de responsabilité absolue, le critère applicable à la *mens rea* est subjectif. Il s'agit non pas de savoir si une personne raisonnable aurait prévu les conséquences de l'acte prohibé, mais si l'accusé était subjectivement conscient que ces conséquences étaient à tout le moins possibles. Dans l'application du critère subjectif, le tribunal examine l'intention de l'accusé et les faits tels que ce dernier croyait qu'ils étaient: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), aux pp. 727 et 728.

Il importe, à ce stade, de faire deux remarques accessoires. Premièrement, comme le souligne Williams, la présente analyse n'a rien à voir avec l'échelle des valeurs de l'accusé. Une personne n'échappe pas à une déclaration de culpabilité pour le motif qu'elle croit qu'elle ne fait rien de mal. Il s'agit de savoir si l'accusé était subjectivement conscient que certaines conséquences résulteraient de ses actes, et non pas s'il croyait que ses actes ou leurs conséquences étaient moraux. Tout comme un meurtrier pathologique ne serait pas acquitté pour le seul motif qu'il ne considérerait pas que son acte était moralement répréhensible, le fraudeur ne sera pas acquitté pour le motif qu'il croyait que ce qu'il faisait était honnête.

Deuxièmement, il y a l'observation fréquente selon laquelle le ministère public n'a pas à démontrer précisément, dans tous les cas, ce que l'accusé avait à l'esprit au moment où il a commis l'acte criminel. Dans certains cas, la conscience subjective des conséquences peut être déduite de l'acte lui-même, sous réserve de quelque explication qui vient mettre en doute cette déduction. Le fait qu'une telle déduction soit faite ne diminue en rien le caractère subjectif du critère.

Having ventured these general comments on *mens rea*, I return to the offence of fraud. The prohibited act is deceit, falsehood, or some other dishonest act. The prohibited consequence is depriving another of what is or should be his, which may, as we have seen, consist in merely placing another's property at risk. The *mens rea* would then consist in the subjective awareness that one was undertaking a prohibited act (the deceit, falsehood or other dishonest act) which could cause deprivation in the sense of depriving another of property or putting that property at risk. If this is shown, the crime is complete. The fact that the accused may have hoped the deprivation would not take place, or may have felt there was nothing wrong with what he or she was doing, provides no defence. To put it another way, following the traditional criminal law principle that the mental state necessary to the offence must be determined by reference to the external acts which constitute the *actus* of the offence (see Williams, *supra*, c. 3), the proper focus in determining the *mens rea* of fraud is to ask whether the accused intentionally committed the prohibited acts (deceit, falsehood, or other dishonest act) knowing or desiring the consequences proscribed by the offence (deprivation, including the risk of deprivation). The personal feeling of the accused about the morality or honesty of the act or its consequences is no more relevant to the analysis than is the accused's awareness that the particular acts undertaken constitute a criminal offence.

This applies as much to the third head of fraud, "other fraudulent means", as to lies and acts of deceit. Although other fraudulent means have been broadly defined as means which are "dishonest", it is not necessary that an accused personally consider these means to be dishonest in order that he or she be convicted of fraud for having undertaken them. The "dishonesty" of the means is relevant to the determination whether the conduct falls within the type of conduct caught by the offence of fraud; what reasonable people consider dishonest assists in the determination whether the *actus reus* of the offence can be made out on particular facts. That established, it need only be determined that an

Ces commentaires généraux sur la *mens rea* étant faits, je reviens à l'infraction de fraude. L'acte prohibé est la supercherie, le mensonge ou quelque autre acte malhonnête. La conséquence prohibée consiste à priver quelqu'un de ce qui est ou devrait être sien, ce qui peut, comme nous l'avons vu, consister simplement à mettre le bien d'autrui en péril. La *mens rea* serait alors la conscience subjective que l'on commettait un acte prohibé (la supercherie, le mensonge ou un autre acte malhonnête) qui pouvait causer une privation au sens de priver autrui d'un bien ou de mettre ce bien en péril. Une fois cela démontré, le crime est complet. Le fait que l'accusé ait pu espérer qu'il n'y aurait aucune privation ou qu'il ait pu croire qu'il ne faisait rien de mal ne constitue pas un moyen de défense. En d'autres termes, suivant le principe traditionnel de droit criminel qui veut que l'état d'esprit nécessaire à l'infraction soit déterminé en fonction des actes externes qui constituent l'*actus* de l'infraction (voir Williams, *op. cit.*, ch. 3), il convient de se demander, lorsqu'on détermine la *mens rea* de la fraude, si l'accusé a intentionnellement accompli les actes prohibés (supercherie, mensonge ou un autre acte malhonnête) tout en connaissant ou en souhaitant les conséquences visées par l'infraction (soit la privation, y compris le risque de privation). Le sentiment personnel de l'accusé à l'égard du caractère moral ou honnête de l'acte ou de ses conséquences n'est pas plus pertinent quant à l'analyse que ne l'est la conscience de l'accusé que les actes commis constituent une infraction criminelle.

Cela s'applique autant à la troisième catégorie de fraude, soit un «autre moyen dolosif», qu'aux mensonges et à la supercherie. Bien que l'expression «autre moyen dolosif» ait été généralement définie comme un moyen «malhonnête», il n'est pas nécessaire qu'un accusé considère personnellement que ce moyen est malhonnête pour être déclaré coupable de fraude pour y avoir eu recours. Le caractère «malhonnête» du moyen est pertinent pour déterminer si la conduite est du genre de celle visée par l'infraction de fraude; ce qu'une personne raisonnable considère malhonnête aide à déterminer si l'*actus reus* de l'infraction peut être établi en fonction de certains faits. Une fois cela

accused knowingly undertook the acts in question, aware that deprivation, or risk of deprivation, could follow as a likely consequence.

I have spoken of knowledge of the consequences of the fraudulent act. There appears to be no reason, however, why recklessness as to consequences might not also attract criminal responsibility. Recklessness presupposes knowledge of the likelihood of the prohibited consequences. It is established when it is shown that the accused, with such knowledge, commits acts which may bring about these prohibited consequences, while being reckless as to whether or not they ensue.

These doctrinal observations suggest that the *actus reus* of the offence of fraud will be established by proof of:

1. the prohibited act, be it an act of deceit, a falsehood or some other fraudulent means; and
2. deprivation caused by the prohibited act, which may consist in actual loss or the placing of the victim's pecuniary interests at risk.

Correspondingly, the *mens rea* of fraud is established by proof of:

1. subjective knowledge of the prohibited act; and
2. subjective knowledge that the prohibited act could have as a consequence the deprivation of another (which deprivation may consist in knowledge that the victim's pecuniary interests are put at risk).

Where the conduct and knowledge required by these definitions are established, the accused is guilty whether he actually intended the prohibited consequence or was reckless as to whether it would occur.

The inclusion of risk of deprivation in the concept of deprivation in *Olan* requires specific comment. The accused must have subjective aware-

établi, il suffit de déterminer qu'un accusé a sciemment commis les actes en question et qu'il était conscient que la privation ou le risque de privation représentait une conséquence probable.

J'ai parlé de la connaissance des conséquences de l'acte frauduleux. Toutefois, rien ne paraît s'opposer à ce que l'insouciance quant aux conséquences entraîne également la responsabilité criminelle. L'insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées. Elle est établie s'il est démontré que l'accusé, fort d'une telle connaissance, accomplit des actes qui risquent d'entraîner ces conséquences prohibées, tout en ne se souciant pas qu'elles s'ensuivent ou non.

Ces observations doctrinales donnent à entendre que l'*actus reus* de l'infraction de fraude sera établi par la preuve:

1. d'un acte prohibé, qu'il s'agisse d'une supercherie, d'un mensonge ou d'un autre moyen dolosif, et
2. de la privation causée par l'acte prohibé, qui peut consister en une perte véritable ou dans le fait de mettre en péril les intérêts pécuniaires de la victime.

De même, la *mens rea* de la fraude est établie par la preuve:

1. de la connaissance subjective de l'acte prohibé, et
2. de la connaissance subjective que l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui (laquelle privation peut consister en la connaissance que les intérêts pécuniaires de la victime sont mis en péril).

Si la conduite et la connaissance requises par ces définitions sont établies, l'accusé est coupable peu importe qu'il ait effectivement souhaité la conséquence prohibée ou qu'il lui était indifférent qu'elle se réalise ou non.

L'inclusion du risque de privation dans le concept de la privation, que l'on constate dans l'arrêt *Olan*, demande certaines précisions. L'accusé doit,

ness, at the very least, that his or her conduct will put the property or economic expectations of others at risk. As noted above, this does not mean that the Crown must provide the trier of fact with a mental snapshot proving exactly what was in the accused's mind at the moment the dishonest act was committed. In certain cases, the inference of subjective knowledge of the risk may be drawn from the facts as the accused believed them to be. The accused may introduce evidence negating that inference, such as evidence that his deceit was part of an innocent prank, or evidence of circumstances which led him to believe that no one would act on his lie or deceitful or dishonest act. But in cases like the present one, where the accused tells a lie knowing others will act on it and thereby puts their property at risk, the inference of subjective knowledge that the property of another would be put at risk is clear.

(ii) Jurisprudential Considerations

The view of *mens rea* suggested above accords with earlier rulings of this Court which rejected the notion that the accused's subjective appreciation of his or her dishonesty is relevant to the *mens rea* of fraud. In *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201, the accused had taken a car with the intention of returning it later. This Court was faced with the issue of whether this amounted to theft. Martland J. (for the majority) held that it did and that the taking was fraudulent, at p. 214: "The taking was intentional, under no mistake and with knowledge that the motor vehicle was the property of another. In my opinion this made the taking fraudulent."

In *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174, this Court held that the accused's belief that his actions would subsequently be ratified afforded no defence. The accused, the Chief of the Quebec Liquor Police, had been told by the Premier of Quebec to submit fictitious expense accounts in order to receive a salary increase which had been agreed to but which could not be officially paid

à tout le moins, être subjectivement conscient que sa conduite mettra en péril le bien d'autrui ou compromettra ses attentes économiques. Comme je l'ai déjà souligné, cela ne signifie pas que le ministère public doit fournir au juge des faits une image exacte de l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a commis l'acte malhonnête. Dans certains cas, il est possible de déduire la connaissance subjective du risque des faits tels que l'accusé croyait qu'ils étaient. Ce dernier peut annihiler cette déduction en démontrant, par exemple, que sa supercherie n'était qu'une plaisanterie innocente, ou en établissant les circonstances qui l'ont amené à croire que personne ne se fonderait sur son mensonge, sa supercherie ou son acte malhonnête pour agir. Mais dans les cas comme l'espèce, où l'accusé ment tout en sachant que d'autres personnes se fonderont sur ce mensonge pour agir et met ainsi leur bien en péril, il est facile de déduire qu'il savait subjectivement que le bien d'autrui serait mis en péril.

(ii) Considérations jurisprudentielles

La perception de la *mens rea* proposée plus haut est conforme aux arrêts antérieurs de notre Cour où on a rejeté l'idée selon laquelle la conscience subjective de l'accusé de sa malhonnêteté est pertinente en ce qui concerne la *mens rea* de la fraude. Dans l'arrêt *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201, l'accusé s'était emparé d'une automobile dans l'intention de la ramener plus tard. Notre Cour devait décider si cela constituait un vol. À la page 214, le juge Martland (s'exprimant au nom de la majorité) a conclu que oui et qu'on avait agi frauduleusement en prenant la voiture: «L'intention était présente, il n'y a pas eu de méprise et l'on savait que le véhicule à moteur appartenait à un tiers. À mon avis, en prenant la voiture dans ces circonstances, on a agi frauduleusement.»

Dans l'arrêt *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174, notre Cour a jugé que le fait que l'accusé croyait que ses actes seraient par la suite entérinés ne constituait pas un moyen de défense. Le Premier ministre du Québec avait dit à l'accusé, le directeur de la Police des liqueurs du Québec, de soumettre des comptes de dépenses fictifs afin de recevoir une augmentation de salaire qui avait déjà

until a government-wide salary review, then under way, had been completed. In submitting the expense accounts Lemire no doubt felt that his actions, if unorthodox, were not dishonest. Nevertheless, Lemire was convicted. Reversing the decision in the Court of Appeal, Martland J. (for the majority) held, at p. 193:

In other words, [the court below held that] there is no intent to defraud within the requirement of s. 323(1) [now s. 380(1)] if the accused person, while deliberately committing an act which is clearly fraudulent, expects that that which he is doing may, at a later date, be validated. To me the very statement of this proposition establishes its error in law.

I do not, of course, overlook the fact that a variety of rulings can be found in lower courts, some of which adopt the position that unless the Crown establishes that the accused subjectively intended to act dishonestly, the *mens rea* of fraud is not proven and the accused is entitled to be acquitted: see, *R. v. Bobbie* (1988), 43 C.C.C. (3d) 187 (Ont. C.A.); *Lacroix v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 812 (C.A.); *R. v. Daigle* (1987), 9 Q.A.C. 140; *R. v. Sebe* (1987), 35 C.C.C. (3d) 97 (Sask. C.A.), and *R. v. Mugford* (1990), 58 C.C.C. (3d) 172 (Nfld. C.A.). This was the position adopted by Proulx J.A. in the appeal now before this Court.

These decisions are largely predicated on the English approach in *R. v. Landy*, [1981] 1 All E.R. 1172 (C.A.), which held that the accused must subjectively believe his or her actions to be dishonest to support conviction, or upon the modification of that approach in *R. v. Ghosh*, [1982] 2 All E.R. 689 (C.A.), where it was held that the accused must subjectively realize that his or her conduct falls below the ordinary standard of reasonable and honest people. There are two problems with applying the English authorities to the Canadian offence of fraud. First, the relevant English offence rests on language different from that of the Canadian offence. Specifically, the English offence (ss. 1 and

été acceptée, mais qui ne pourrait toutefois être officiellement versée que lorsqu'une révision des salaires alors entreprise à l'échelle du gouvernement serait complétée. En soumettant les comptes de dépenses, Lemire croyait indubitablement que ses actes, quoique peu orthodoxes, n'étaient pas malhonnêtes. Lemire a néanmoins été déclaré coupable. Infirmant l'arrêt de la Cour d'appel, le juge Martland conclut, au nom de la majorité, à la p. 193:

[TRADUCTION] En d'autres termes, [la cour d'appel a conclu que] l'accusé n'a aucune intention de frauder au sens de l'exigence prévue au par. 323(1) [maintenant le par. 380(1)] si, en commettant délibérément un acte nettement frauduleux, il s'attend à ce que son geste soit par la suite validé. À mon avis, la formulation même de cette proposition démontre son erreur de droit.

Évidemment, je n'oublie pas qu'on peut trouver toute une gamme de décisions de tribunaux d'instance inférieure, où, dans certains cas, on a adopté le point de vue selon lequel, à moins que le ministère public ne démontre que l'accusé avait subjectivement l'intention d'agir malhonnêtement, la *mens rea* de la fraude n'est pas établie et l'accusé a droit à l'acquittement: voir *R. c. Bobbie* (1988), 43 C.C.C. (3d) 187 (C.A. Ont.); *Lacroix c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 812 (C.A.); *R. c. Daigle* (1987), 9 Q.A.C. 140; *R. c. Sebe* (1987), 35 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Sask.), et *R. c. Mugford* (1990), 58 C.C.C. (3d) 172 (C.A.T.-N.). C'est le point de vue que le juge Proulx a adopté dans l'appel dont notre Cour est maintenant saisie.

Ces décisions reposent en grande partie sur le point de vue anglais adopté dans *R. c. Landy*, [1981] 1 All E.R. 1172 (C.A.), où on a conclu que, pour justifier une déclaration de culpabilité, il faut que l'accusé croie subjectivement que ses actes sont malhonnêtes, ou sur la modification de ce point de vue dans l'arrêt *R. c. Ghosh*, [1982] 2 All E.R. 689 (C.A.), où on a jugé que l'accusé doit subjectivement se rendre compte que sa conduite ne respecte pas la norme ordinaire de la personne raisonnable et honnête. L'application de la jurisprudence anglaise à l'infraction canadienne de fraude présente deux difficultés. D'abord, l'infraction anglaise pertinente est formulée différemment

15(1) of the *Theft Act, 1968* (U.K.), 1968, c. 60 expressly refers to “dishonest appropriation” and “dishonestly” obtaining by deception, respectively. This wording, absent in Canada, has been interpreted in England to show Parliament’s intention to require subjective awareness of dishonesty. The second problem is, as I see it, that the English authorities cannot be reconciled with the basic principles of criminal law relating to *mens rea*.

The British Columbia Court of Appeal for these reasons rejected the English approach in *R. v. Long* (1990), 61 C.C.C. (3d) 156. Taggart J.A. held at p. 169 that *Landy* was not the law in Canada. With respect to *Ghosh*, he stated, at p. 170: “I agree with Ewart’s [*supra*] opinion that the *Ghosh* approach is predicated upon assumptions which have no relevance to the Canadian law of fraud.” Taggart J.A. summarized the mental element of fraud as follows, at p. 174:

... the mental element of the offence of fraud must not be based on what the accused thought about the honesty or otherwise of his conduct and its consequences. Rather, it must be based on what the accused knew were the facts of the transaction, the circumstances in which it was undertaken and what the consequences might be of carrying it to a conclusion.

In my opinion, Taggart J.A. was correct in rejecting the English approach. While the authorities are far from consistent, the better view is that the accused’s belief that the conduct is not wrong or that no one will in the end be hurt affords no defence to a charge of fraud.

(iii) Pragmatic Considerations

Pragmatic considerations support the view of *mens rea* proposed above. A person who deprives another person of what the latter has should not

de l’infraction canadienne. Plus précisément, l’infraction anglaise (décrite à l’art. 1 et au par. 15(1) de la *Theft Act, 1968* (R.-U.), 1968, ch. 60) mentionne expressément l’[TRADUCTION] «appropriation malhonnête» et l’obtention [TRADUCTION] «malhonnête» par supercherie, respectivement. En Angleterre, on a considéré que ces mots, qu’on ne retrouve pas au Canada, démontrent l’intention du Parlement d’exiger la conscience subjective de la malhonnêteté. La deuxième difficulté réside, selon moi, dans le fait que la jurisprudence anglaise n’est pas conciliable avec les principes fondamentaux du droit criminel en matière de *mens rea*.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a, pour ces motifs, rejeté le point de vue anglais dans l’arrêt *R. c. Long* (1990), 61 C.C.C. (3d) 156. À la page 169, le juge Taggart a conclu que l’arrêt *Landy* ne s’appliquait pas au Canada. En ce qui concerne l’arrêt *Ghosh*, il dit à la p. 170: [TRADUCTION] «Je souscris à l’opinion d’Ewart [*op. cit.*] pour qui le point de vue adopté dans l’arrêt *Ghosh* repose sur des hypothèses qui ne sont aucunement pertinentes en ce qui concerne le droit canadien de la fraude». À la page 174, le juge Taggart résume ainsi l’élément moral de la fraude:

[TRADUCTION] ... l’élément moral de l’infraction de fraude ne doit pas reposer sur la croyance de l’accusé quant au caractère honnête ou malhonnête de sa conduite et de ses conséquences. Il doit plutôt reposer sur ce que l’accusé savait être les faits de l’opération, les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu et ce que les conséquences pourraient être une fois l’opération terminée.

J’estime que le juge Taggart a eu raison de rejeter le point de vue anglais. Bien que la jurisprudence soit loin d’être uniforme, il vaut mieux considérer que la conviction de l’accusé que sa conduite n’est pas mauvaise ou que personne ne sera lésé en fin de compte ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation de fraude.

(iii) Considérations pragmatiques

Des considérations pragmatiques appuient la perception de la *mens rea* proposée plus haut. La personne qui prive une autre personne de ce

escape criminal responsibility merely because, according to his moral or her personal code, he or she was doing nothing wrong or because of a sanguine belief that all will come out right in the end. Many frauds are perpetrated by people who think there is nothing wrong in what they are doing or who sincerely believe that their act of placing other people's property at risk will not ultimately result in actual loss to those persons. If the offence of fraud is to catch those who actually practise fraud, its *mens rea* cannot be cast so narrowly as this. As stated in *R. v. Allsop, supra*, approved by this Court in *Olan*, at p. 1182:

Generally the primary objective of fraudsman is to advantage themselves. The detriment that results to their victims is secondary to that purpose and incidental. It is "intended" only in the sense that it is a contemplated outcome of the fraud that is perpetrated.

The law of fraud must be sufficiently broad to catch this secondary incident of the defrauder's purpose or it will be of little avail.

This approach conforms to the conception of the offence of fraud which imbues this Court's decision in *Olan*. *Olan* points the way to a conception of fraud broad enough in scope to encompass the entire panoply of dishonest commercial dealings. It defines the *actus reus* accordingly; the offence is committed whenever a person deceives, lies or otherwise acts dishonestly, and that act causes deprivation (including risk of deprivation) to another. To adopt a definition of *mens rea* which requires subjective awareness of dishonesty and a belief that actual deprivation (as opposed to risk of deprivation) will result, is inconsistent with *Olan*'s definition of the *actus reus*. The effect of such a test would be to negate the broad thrust of *Olan* and confine the offence of fraud to a narrow ambit, capable of catching only a small portion of the dishonest commercial dealing which *Olan* took as the target of the offence of fraud.

The question arises whether the definition of *mens rea* for fraud which I have proposed may catch conduct which does not warrant criminaliza-

qu'elle possède ne devrait pas échapper à la responsabilité criminelle simplement parce que, selon son code moral ou personnel, elle ne faisait rien de mal ou parce qu'en raison de son optimisme elle croyait que tout se terminerait bien. De nombreuses fraudes sont commises par des personnes qui croient qu'elles ne font rien de mal ou qui croient sincèrement que le fait de mettre en péril le bien d'autrui ne causera finalement aucune perte véritable. Si l'infraction de fraude vise à mettre la main au collet des véritables fraudeurs, sa *mens rea* ne peut être formulée aussi étroitement. Comme on l'a dit dans l'arrêt *R. c. Allsop*, précité, approuvé par notre Cour dans *Olan*, à la p. 1182:

[TRADUCTION] En général, un fraudeur veut avant tout se procurer un avantage. Le tort causé à sa victime est secondaire et incident. Il n'est « intentionnel » que parce qu'il fait partie du résultat prévu de la fraude.

Le droit de la fraude doit être suffisamment large pour viser ce résultat secondaire de l'intention du fraudeur, sinon il ne sera guère utile.

Ce point de vue est conforme à la conception de l'infraction de fraude qui a inspiré notre Cour dans l'arrêt *Olan*. Ce dernier arrêt ouvre la voie à une conception de la fraude assez large pour comprendre toute la gamme d'activités commerciales malhonnêtes. Il définit l'*actus reus* en conséquence; l'infraction est commise lorsque, par la supercherie, le mensonge ou un autre acte malhonnête, une personne cause une privation (dont un risque de privation) à autrui. L'adoption d'une définition de la *mens rea* qui exige une conscience subjective de la malhonnêteté et une conviction qu'une privation véritable (par opposition à un risque de privation) résultera est incompatible avec la définition de l'*actus reus* formulée dans *Olan*. Un tel critère aurait pour effet d'annuler la portée générale de l'arrêt *Olan* et de limiter la portée de l'infraction de fraude qui ne serait plus susceptible que d'englober une infime partie des activités commerciales malhonnêtes que l'arrêt *Olan* considérait comme visées par l'infraction de fraude.

La question est donc de savoir si la définition de la *mens rea* que j'ai proposée à l'égard de la fraude peut viser une conduite ne justifiant pas la crimina-

tion. I refer to the fear, reflected in the appellate decisions adopting a narrower definition of the required *mens rea*, that the reach of the offence of fraud may be extended beyond criminal dishonesty to catch sharp or improvident business practices which, although not to be encouraged, do not merit the stigma and loss of liberty that attends the criminal sanction. The concern is that any misrepresentation or practice which induces an incorrect understanding or belief in the minds of customers, or which causes deprivation, will become criminal. As Marshall J.A. put it in *Mugford*, *supra*, at pp. 175-76:

... it is not sufficient to base fraud merely upon a finding that the appellant induced a state of mind in his customers which was not correct. Any misrepresentation may have that effect. Criminal dishonesty extends further. . . .

It would be a startling extension of criminal liability if every statement urging the public to purchase one's wares because only a limited supply remain were by itself to be visited with criminal sanction.

This poses starkly the critical question: does a view of the offence of fraud which catches a broad range of dishonest commercial dealing also catch conduct which should not be regarded as criminal, but rather left to the civil sanction?

In my view, the approach to the offence of fraud adopted in *Olan* and perused in these reasons does not take us out of the proper domain of the criminal sanction. To establish the *actus reus* of fraud, the Crown must establish beyond a reasonable doubt that the accused practised deceit, lied, or committed some other fraudulent act. Under the third head of the offence it will be necessary to show that the impugned act is one which a reasonable person would see as dishonest. Deprivation or the risk of deprivation must then be shown to have occurred as a matter of fact. To establish the *mens rea* of fraud the Crown must prove that the accused knowingly undertook the acts which constitute the falsehood, deceit or other fraudulent means, and

lisation. Je mentionne la crainte, reflétée dans les arrêts de tribunaux d'appel qui ont adopté une définition plus étroite de la *mens rea* nécessaire, que la portée de l'infraction de fraude puisse être étendue au-delà de la malhonnêteté criminelle de manière à englober des pratiques commerciales déloyales ou imprudentes qui, même si elles ne doivent pas être encouragées, ne méritent ni l'opprobre ni la perte de liberté que comporte la sanction criminelle. On craint que toute fausse déclaration ou toute pratique qui suscite chez le client une mauvaise compréhension ou une conviction inexacte, ou qui cause une privation, ne devienne criminelle. Comme l'affirme le juge Marshall dans l'arrêt *Mugford*, précité, aux pp. 175 et 176:

[TRADUCTION] . . . il ne suffit pas de fonder la fraude sur la seule conclusion que l'appelant a fait naître chez ses clients un état d'esprit inexact. Toute fausse déclaration peut avoir cet effet. La malhonnêteté criminelle va plus loin . . .

La responsabilité criminelle serait étendue de façon effarante si toute déclaration pressant le public d'acquiescer les marchandises de quelqu'un en raison d'un approvisionnement limité devait elle-même faire l'objet d'une sanction criminelle.

La question cruciale est donc celle-ci: une perception de l'infraction de fraude comme visant une large gamme d'activités commerciales malhonnêtes a-t-elle également pour effet d'inclure une conduite qui ne devrait pas être considérée comme criminelle, mais devrait plutôt faire l'objet d'une sanction civile?

À mon avis, l'interprétation de l'infraction de fraude adoptée dans l'arrêt *Olan* et examinée attentivement dans les présents motifs ne nous fait pas sortir du domaine approprié de la sanction criminelle. Pour établir l'*actus reus* de la fraude, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a eu recours à la supercherie ou au mensonge, ou qu'il a accompli quelque autre acte frauduleux. En ce qui concerne le troisième volet de l'infraction, il faudra démontrer que l'acte reproché en est un qu'une personne raisonnable considérerait comme malhonnête. Il faut ensuite démontrer qu'il y a effectivement eu privation ou risque de privation. Pour établir la *mens rea* de la fraude, le ministère public doit

that the accused was aware that deprivation could result from such conduct.

The requirement of intentional fraudulent action excludes mere negligent misrepresentation. It also excludes improvident business conduct or conduct which is sharp in the sense of taking advantage of a business opportunity to the detriment of someone less astute. The accused must intentionally deceive, lie or commit some other fraudulent act for the offence to be established. Neither a negligent misstatement, nor a sharp business practice, will suffice, because in neither case will the required intent to deprive by fraudulent means be present. A statement made carelessly, even if it is untrue, will not amount to an intentional falsehood, subjectively appreciated. Nor will any seizing of a business opportunity which is not motivated by a person's subjective intent to deprive by cheating or misleading others amount to an instance of fraud. Again, an act of deceit which is made carelessly without any expectation of consequences, as for example, an innocent prank or a statement made in debate which is not intended to be acted upon, would not amount to fraud because the accused would have no knowledge that the prank would put the property of those who heard it at risk. We are left then with deliberately practised fraudulent acts which, in the knowledge of the accused, actually put the property of others at risk. Such conduct may be appropriately criminalized, in my view.

4. *Application of the Law on this Appeal*

The trial judge found that the appellant deliberately lied to his customers, by means of verbal misrepresentations, a certificate of participation in the insurance scheme, and brochures advising that the scheme protected all deposits. The lies were told in order to induce potential customers to enter into contracts for the homes the appellant was selling and to induce them to give him their money as deposits on the purchase of these homes. The trial judge also found that the appellant knew at the

démontrer que l'accusé a sciemment employé le mensonge, la supercherie ou un autre moyen dolosif alors qu'il savait qu'une privation pouvait en résulter.

L'exigence d'un acte frauduleux intentionnel exclut la simple déclaration inexacte faite par négligence. Elle exclut également le comportement commercial imprudent ou le comportement qui est déloyal au sens de profiter d'une occasion d'affaires au détriment d'une personne moins astucieuse. L'accusé doit intentionnellement tromper, mentir ou accomplir quelque autre acte frauduleux pour que l'infraction soit établie. Une déclaration inexacte faite par négligence ou une pratique commerciale déloyale sont insuffisantes puisque, dans ni l'un ni l'autre cas, on ne trouve l'intention requise de priver par un moyen dolosif. Une déclaration faite par négligence, même si elle est inexacte, ne constitue pas un mensonge intentionnel du point de vue subjectif. De même, le fait de sauter sur une occasion d'affaires sans être motivé par l'intention subjective de causer une privation en trompant ou en induisant autrui en erreur ne constituera pas une fraude. Encore une fois, la supercherie employée négligemment sans s'attendre à des conséquences, comme par exemple, la plaisanterie innocente ou la déclaration faite au cours d'un débat, à laquelle on ne veut pas donner suite, ne constituerait pas une fraude, parce que l'accusé ignorerait que sa plaisanterie mettrait en péril le bien de ceux qui l'ont entendue. Il reste donc les actes frauduleux accomplis délibérément qui, à la connaissance de l'accusé, mettent vraiment en péril le bien d'autrui. À mon avis, une telle conduite peut être à bon droit criminalisée.

4. *Application du droit en l'espèce*

Le juge du procès a conclu que l'appellant avait délibérément menti à ses clients au moyen de fausses déclarations verbales, d'une attestation de participation au plan de garantie et de brochures informant que le plan garantissait tous les dépôts. L'appellant a menti en vue d'amener les acheteurs éventuels à conclure des contrats pour les résidences qu'il vendait et à lui verser des dépôts pour l'achat de ces dernières. Le juge du procès a également conclu que l'appellant savait, au moment où il

time he made these falsehoods that the insurance for the deposits was not in place. Finally, he found that the appellant genuinely believed that the homes would be built and hence that there was no risk to the depositors. “No risk” used in this sense is the equivalent of saying the appellant believed the risk would not materialize.

Applying the principles discussed above, these findings establish that the appellant was guilty of fraud. The *actus reus* of the offence is clearly established. The appellant committed deliberate falsehoods. Those falsehoods caused or gave rise to deprivation. First, the depositors did not get the insurance protection they were told they would get. That, in itself, is a deprivation sufficient to establish the *actus reus* fraud. Second, the money they gave to the appellant’s company was put at risk, a risk which in most cases materialized. Again, this suffices to establish deprivation.

The *mens rea* too is established. The appellant told the depositors they had insurance protection when he knew that they did not have that protection. He knew this to be false. He knew that by this act he was depriving the depositors of something they thought they had, insurance protection. It may also be inferred from his possession of this knowledge that the appellant knew that he was placing the depositors’ money at risk. That established, his *mens rea* is proved. The fact that he sincerely believed that in the end the houses would be built and that the risk would not materialize cannot save him.

VI — Disposition

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

L’HEUREUX-DUBÉ J.—Although I am in general agreement with the reasons of McLachlin J., I share some of the reservations expressed by my colleague Sopinka J. in his reasons, in particular regarding the two following issues, which he expressed as follows (at pp. 9-10):

Secondly, I cannot agree with the statement that “[t]ypically, *mens rea* is concerned with the consequences of

a fait ces mensonges, que les dépôts n’étaient pas garantis. Enfin, il a conclu que l’appelant croyait sincèrement que les résidences seraient construites et que, par conséquent, les déposants ne risquaient rien. Utilisée dans ce sens, l’expression «ne risquaient rien» revient à dire que l’appelant croyait que le risque ne se concrétiserait pas.

Si on applique les principes analysés plus haut, ces conclusions établissent que l’appelant était coupable de fraude. L’*actus reus* de l’infraction est nettement établi. L’appelant a menti délibérément et ses mensonges ont causé une privation. Premièrement, les déposants n’ont pas obtenu la garantie qui leur était promise. Cela constitue en soi une privation suffisante pour établir l’*actus reus* de la fraude. Deuxièmement, l’argent qu’ils ont versé à la compagnie de l’appelant a été exposé à un risque qui, dans la plupart des cas, s’est concrétisé. Cela suffit également à établir la privation.

La *mens rea* est également établie. L’appelant a dit aux déposants qu’ils bénéficiaient d’une garantie alors qu’il savait que ce n’était pas le cas. Il savait que c’était faux. Il savait que, par ce geste, il privait les déposants d’une chose dont ils croyaient bénéficier, soit une garantie. On peut également déduire de cette connaissance qu’il avait que l’appelant savait qu’il mettait en péril l’argent des déposants. La *mens rea* est par le fait même établie. Le fait que l’appelant croyait sincèrement que les résidences seraient finalement construites et que le risque ne se concrétiserait pas ne lui est d’aucun secours.

VI — Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L’HEUREUX-DUBÉ—Bien que je souscrive d’une manière générale aux motifs du juge McLachlin, je partage certaines des réserves exprimées par le juge Sopinka, dans ses motifs, au sujet des deux questions suivantes notamment (aux pp. 9 et 10):

Deuxièmement, je ne puis souscrire à l’affirmation voulant que «[h]abituellement, la *mens rea* porte sur les

the prohibited *actus reus*." The *actus reus* often includes the consequences, and, frequently, more serious offences are distinguished from less serious offences by the consequences without any additional mental element. See *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. Thirdly, I have reservations about the statement that "[r]ecklessness presupposes knowledge of the likelihood of the prohibited consequences" as a general proposition. This is the subjective definition of recklessness which I agree is applicable in the case of fraud but not necessarily in all cases. For instance, recklessness in the definition of criminal negligence may arguably be made out if there is objective foresight of risk. This is an issue which we have yet to resolve.

I agree with the result reached by both of my colleagues and would dispose of the case as they do.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Hébert & Bourque, Montréal.

Solicitor for the respondent: Marcel Patenaude, Longueuil.

conséquences de l'*actus reus* prohibé.» Il arrive fréquemment que l'*actus reus* inclue les conséquences et que des infractions plus graves se distinguent d'infractions moins graves par leurs conséquences indépendamment de tout élément moral additionnel. Voir *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. Troisièmement, j'éprouve des doutes à l'égard de l'affirmation, posée comme principe général, selon laquelle «[l']insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées.» Il s'agit là de la définition subjective de l'insouciance qui, je le reconnais, s'applique au cas de fraude, mais non nécessairement à tous les cas. Ainsi, on pourrait soutenir que, selon la définition de négligence criminelle, il y a insouciance s'il y a prévision objective du risque. C'est là une question que nous n'avons pas encore résolue.

Je suis d'accord avec le résultat auquel en arrivent mes deux collègues et je trancherais le pourvoi comme ils le suggèrent.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Hébert & Bourque, Montréal.

Procureur de l'intimée: Marcel Patenaude, Longueuil.

Zoran Zlatic *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ZLATIC

File No.: 22342.

1992: November 6; 1993: April 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Fraud — Elements of offence — Accused accepting goods from suppliers in return for post-dated cheques or on credit and using money obtained from sale of goods for gambling — Accused believing that his gambling system would allow him to repay suppliers — Trial judge finding that accused was not concerned with paying goods received by suppliers — Whether accused guilty of fraud — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1).

The accused, a businessman, was charged with several offences, including four counts of fraud pursuant to s. 380(1) of the *Criminal Code*. Between mid-November 1983 and mid-January 1984, the accused received goods worth more than \$375,000 from his suppliers in return for post-dated cheques or on credit. During the same period, he used the money obtained from the sale of the goods for gambling and eventually went bankrupt. At trial, the accused testified that he had a system which, he believed, would increase his odds of winning and allow him to pay back his suppliers. The trial judge appears to have held that the speculative use of the funds constituted fraud by "other fraudulent means" and exposed the pecuniary interests of the suppliers to risk, and found that the accused was not concerned with paying for the goods he received from his suppliers. The accused was convicted on the four counts of fraud and the majority of the Court of Appeal upheld his conviction. This appeal is to determine whether a businessman who diverts the proceeds of goods received for resale to a gambling scheme may be found guilty of fraud.

Zoran Zlatic *Appellant*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ZLATIC

N^o du greffe: 22342.

^b

1992: 6 novembre; 1993: 8 avril.

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

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Fraude — Éléments de l'infraction — Réception par l'accusé des marchandises de fournisseurs en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit — Utilisation par l'accusé du produit de la vente des marchandises pour s'adonner au jeu — Accusé croyant que sa méthode de jeu lui permettrait de rembourser ses fournisseurs — Conclusion du juge du procès que l'accusé ne se souciait pas de payer les marchandises reçues des fournisseurs — L'accusé est-il coupable de fraude? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1).

L'accusé, un homme d'affaires, a été inculpé de plusieurs infractions et, notamment, quatre chefs d'accusation de fraude ont été portés contre lui conformément au par. 380(1) du *Code criminel*. Entre la mi-novembre 1983 et la mi-janvier 1984, l'accusé a reçu de ses fournisseurs, en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit, des marchandises dont la valeur s'élevait à plus de 375 000 \$. Au cours de la même période, il a utilisé le produit de la vente des marchandises pour s'adonner au jeu et il a finalement fait faillite. Au procès, l'accusé a témoigné qu'il croyait que sa méthode augmenterait ses chances de gagner et lui permettrait de rembourser ses fournisseurs. Le juge du procès paraît avoir déterminé que l'utilisation de nature spéculative de ces fonds constituait une fraude par un «autre moyen dolosif» et mettait en péril les intérêts pécuniaires des fournisseurs, et il a conclu que l'accusé ne s'était guère soulié de payer les marchandises reçues de ses fournisseurs. L'accusé a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs de fraude et la Cour d'appel à la majorité a confirmé sa déclaration de culpabilité. Il s'agit en l'espèce de déterminer s'il est possible de déclarer coupable de fraude un homme d'affaires qui détourne le produit de marchandises destinées à la revente pour s'adonner au jeu.

Held (Lamer C.J. and Sopinka J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: The elements of the offence of fraud, as defined in *Théroux*, were made out. With respect to the *actus reus*, the combined act of taking the goods without concern for payment and gambling away the value they represented constituted dishonest conduct amounting to "other fraudulent means" within the meaning of s. 380(1) of the *Code*, and the accused's fraudulent scheme put the suppliers' pecuniary interest at risk. While most frauds involve either deceit or falsehood, fraud by "other fraudulent means" encompasses all other means which can properly be stigmatized as dishonest. Dishonesty is, for the purposes of the *actus reus*, determined objectively, by reference to what a reasonable person would consider to be a dishonest act. The dishonesty of "other fraudulent means" has, at its heart, the wrongful use of something in which another person has an interest, in such a manner that this other's interest is extinguished or put at risk. Here, the funds which the accused used to gamble represented the means by which his suppliers could be repaid. They had, to this extent, a pecuniary interest in the monies. While the accused had the legal right to use the funds he obtained from the sale of the goods, he did not have an unrestricted right to use them as he pleased. In accepting these goods with no concern for payment and in diverting the funds to a non-business, notoriously risky enterprise, he put these funds to a wrongful use. A reasonable person would regard such a scheme as dishonest. The fact that the accused had legal right to the monies he gambled is no defence. Fraud looks to the substance of the matter. It is not a person's right, but how he has obtained it and what he does with it that is important.

With respect to the *mens rea*, fraud by "other fraudulent means" does not require that the accused subjectively appreciate the dishonesty of his acts. The accused must knowingly, i.e., subjectively, undertake the conduct which constitutes the dishonest act, and must subjectively appreciate that the consequences of such conduct could be deprivation, in the sense of causing another to lose his pecuniary interest in certain property or in placing that interest at risk. Here, although the trial judge made no explicit finding that the accused subjectively appreciated that in gambling he was subjecting the interests of others to the risk of deprivation, the accused's cross-examination shows that he did and there is nothing in the evidence which negates the natural inference that when a person gambles with funds in

Arrêt (le juge en chef Lamer et le juge Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: Les éléments de l'infraction de fraude, définis dans *Théroux*, ont été établis. En ce qui concerne l'*actus reus*, le fait d'accepter les marchandises sans se soucier de les payer, conjugué à la perte au jeu de la valeur qu'elles représentaient, constituait une conduite malhonnête équivalant à un «autre moyen dolosif» au sens du par. 380(1) du *Code criminel*, et l'accusé a, par sa méthode dolosive, mis en péril les intérêts pécuniaires de ses fournisseurs. Si la plupart des fraudes comportent une supercherie ou un mensonge, la fraude par un «autre moyen dolosif» vise tous les autres moyens qu'on peut proprement qualifier de malhonnêtes. Pour les fins de l'*actus reus*, la malhonnêteté est déterminée objectivement, selon ce qu'une personne raisonnable considérerait comme un acte malhonnête. La malhonnêteté de l'«autre moyen dolosif» tient essentiellement à l'emploi illégitime d'une chose sur laquelle une personne a un droit, de telle sorte que ce droit d'autrui se trouve éteint ou compromis. En l'espèce, les sommes jouées par l'accusé représentaient le moyen par lequel ses fournisseurs pouvaient être payés. Dans cette mesure, ils avaient un intérêt pécuniaire dans ces sommes d'argent. Même s'il avait le droit d'utiliser le produit de la vente des marchandises, l'accusé n'avait toutefois pas le droit absolu d'utiliser ces sommes à sa guise. En acceptant ces marchandises sans se soucier de les payer et en détournant les sommes vers une entreprise non commerciale et notoirement risquée, il a employé ces sommes illégitimement. Une personne raisonnable considérerait malhonnête une telle manœuvre. Le fait que l'accusé possédait un droit sur les sommes qu'il a jouées ne constitue pas un moyen de défense. La fraude concerne le fond de la question. Ce qui importe n'est pas le droit que possède une personne, mais la façon dont elle l'a obtenu et ce qu'elle en fait.

En ce qui concerne la *mens rea*, pour commettre une fraude par un «autre moyen dolosif», il n'est pas nécessaire que l'accusé saisisse subjectivement la malhonnêteté de ses actes. Il doit sciemment, c'est-à-dire subjectivement, adopter la conduite qui constitue l'acte malhonnête, et il doit comprendre subjectivement que cette conduite peut entraîner une privation au sens de faire perdre à une autre personne l'intérêt pécuniaire qu'elle a dans un certain bien ou de mettre en péril cet intérêt. En l'espèce, même si le juge du procès n'a pas conclu expressément que l'accusé a compris subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il exposait les intérêts d'autrui au risque de privation, le contre-interrogatoire de l'accusé montre qu'il a compris cela, et il n'y a rien dans la preuve qui écarte la déduction naturelle que la

which others have a pecuniary interest he knowingly subjects that interest to risk. In convicting, the trial judge must have concluded that the necessary *mens rea* was present. It is no defence that the accused believed he would win at the casinos and be able to pay his suppliers.

Per Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting): The accused's suppliers do not have a pecuniary interest in a proprietary sense in the monies which the accused used for gambling. They had the same interest as all creditors, that is, an interest in being paid. The wrongful appropriation of that interest is not fraud unless, in certain circumstances, non-payment of a debt can amount to fraud.

In this case, the trial judge did not make the necessary findings to support a conviction for fraud. Although there was evidence which, if accepted, would have resulted in a finding that the accused accepted the goods from his suppliers with no intention to pay, thereby satisfying the first element of the definition of fraud on the ground of either deceit or falsehood, there was also evidence tending the other way and this Court should not make original findings of fact on disputed evidence. The trial judge's statement that the accused had no concern, desire or preoccupation as regards payment of his suppliers should not be taken as a finding that there was no intention to pay when the goods were supplied. As for a conviction for fraud by "other fraudulent means", while the accused's belief that an act is honest will not avail if it is objectively dishonest as determined by reasonable persons, it is important to distinguish between a belief in the honesty of one's actions and an honest belief in facts which would make the *actus reus* non-culpable. Where a person uses his own funds in a way which jeopardizes his ability to repay his creditors, the conduct can only be stigmatized as dishonest if he does so knowingly.

The honest belief of the accused is relevant at three stages in assessing whether the offence of fraud is established. The application of the objective test for dishonesty requires the reasonable person to take into account the state of mind of the accused. This is implicit in the term "dishonest". The honest belief of the accused is also relevant when dealing with the requirement of *mens rea* for dishonesty and for deprivation. In the latter case,

personne qui joue des fonds dans lesquels d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire sait qu'elle met en péril cet intérêt. En prononçant un verdict de culpabilité, le juge du procès doit avoir conclu que la *mens rea* nécessaire était présente. Le fait que l'accusé ait cru qu'il gagnerait aux casinos et serait en mesure de payer ses fournisseurs ne constitue pas un moyen de défense.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents): Les fournisseurs de l'accusé n'ont pas l'intérêt pécuniaire du propriétaire dans les sommes d'argent jouées par l'accusé. Ils avaient le même droit que tous les créanciers, à savoir celui d'être payés. L'appropriation illégitime de ce droit ne constitue pas une fraude à moins que, dans certaines circonstances, le défaut de payer une dette puisse équivaloir à une fraude.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas tiré les conclusions nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité de fraude. Même s'il existait une preuve qui, si elle avait été acceptée, aurait permis de conclure que l'accusé a accepté les marchandises de ses fournisseurs sans avoir l'intention de les payer, ce qui aurait satisfait au premier élément de la définition de fraude par supercherie ou mensonge, il y avait également une preuve qui tendait à prouver le contraire et notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait originales sur des éléments de preuve contestés. L'affirmation par le juge du procès que l'accusé ne se souciait pas de rembourser ses fournisseurs ni ne souhaitait le faire ne devrait pas être interprétée comme une conclusion que l'accusé n'avait pas l'intention de payer les marchandises lorsqu'il les a reçues. Quant à une déclaration de culpabilité de fraude par «un autre moyen dolosif», même si la conviction de l'accusé qu'un acte est honnête ne sera guère utile si cet acte est, aux yeux d'une personne raisonnable, objectivement malhonnête, il est important d'établir une distinction entre le fait de croire à l'honnêteté de ses actes et le fait de croire sincèrement en des faits qui rendraient l'*actus reus* non coupable. Dans le cas où une personne utilise ses propres fonds d'une façon qui compromet sa capacité de rembourser ses créanciers, cette conduite ne peut qu'être qualifiée de malhonnête si cette personne agit en connaissance de cause.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si l'infraction de fraude est établie, la conviction sincère de l'accusé est pertinente à trois étapes. L'application du critère objectif de la malhonnêteté exige que la personne raisonnable tienne compte de l'état d'esprit de l'accusé. Cela est implicite dans le terme «malhonnête». La conviction sincère de l'accusé est également pertinente en ce qui concerne l'exigence de *mens rea* en matière de malhon-

knowledge of deprivation (or risk thereof) or recklessness must be proved.

Here, there was no finding by the trial judge that the accused subjectively appreciated that his gambling created an unreasonable risk of being unable to pay his creditors. Rather, the trial judge seems to accept that the accused believed that his gambling system would allow him to repay them. He did not squarely address the question of whether the accused knew or was reckless about the unreasonable risk which his gambling created. This is a finding which, on the evidence, he could have made, but he did not err in law in failing to make it. In the absence of a finding of fact on an essential element of the offence, this Court ought not to confirm a conviction simply because, in its view, there is evidence which establishes the *mens rea*. As long as there is evidence capable of raising a reasonable doubt, this Court should not make findings of fact.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313; *R. v. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23; *R. v. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. v. Currie*; *R. v. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280; *R. v. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65; *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. v. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181; *Welham v. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103; *R. v. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257; *R. v. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252; *R. v. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198; *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174; *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Théroux, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *Cox v. The Queen*, [1963] S.C.R. 500; *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. v. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156; *R. v. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223; *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174; *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201.

nêteté et de privation. Dans ce dernier cas, la connaissance de la privation (ou du risque de privation) ou l'insouciance doit être établie.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé comprenait subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il risquait déraisonnablement d'être incapable de rembourser ses créanciers. Au contraire, le juge du procès semble accepter que l'accusé croyait que sa méthode de jeu lui permettrait de les rembourser. Il n'a pas abordé directement la question de savoir si l'accusé était conscient du risque déraisonnable que son jeu créait ou s'il y était indifférent. D'après la preuve, il s'agit là d'une conclusion qu'il aurait pu tirer, mais il n'a pas commis d'erreur de droit en s'abstenant de le faire. En l'absence d'une conclusion de fait sur un élément essentiel de l'infraction, notre Cour ne devrait pas confirmer une déclaration de culpabilité simplement parce qu'à son avis il y a une preuve qui établit l'existence de la *mens rea*. Tant et aussi longtemps qu'il y a une preuve susceptible de créer un doute raisonnable, notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; **arrêts mentionnés:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313; *R. c. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23; *R. c. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342; *R. c. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193; *R. c. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. c. Currie*; *R. c. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280; *R. c. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65; *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. c. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181; *Welham c. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103; *R. c. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257; *R. c. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252; *R. c. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198; *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174; *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Théroux, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Cox c. The Queen*, [1963] R.C.S. 500; *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. c. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156; *R. c. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223; *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174; *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 32; 1985, c. 19, s. 55].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 54].

Authors Cited

Ewart, J. Douglas. *Criminal Fraud*. Toronto: Carswell, 1986.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1991), 65 C.C.C. (3d) 86, dismissing the accused's appeal from his conviction for fraud. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka J. dissenting.

Jeffrey K. Boro, for the appellant.

André Brochu, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This appeal was heard together with *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, and also requires an interpretation of s. 380 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, with respect to the ingredients of the offence of criminal fraud. In interpreting the offence-creating sections of the *Criminal Code*, it is appropriate to bear in mind the caution of Dickson C.J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. At pages 860-61, he stated:

Respect for the principle of certainty and the institutional limits imposed upon the law-making function of the courts should constrain the Court from overruling a prior decision where the effect would be to expand criminal liability. It is not for the courts to create new offences, or to broaden the net of liability, particularly as changes in the law through judicial decision operate retrospectively. The same argument does not apply, however, where the result of overruling a prior decision is to establish a rule favourable to the accused. [Emphasis added.]

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 54].

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 338(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 32; 1985, ch. 19, art. 55].

Doctrine citée

Ewart, J. Douglas. *Criminal Fraud*. Toronto: Carswell, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1991), 65 C.C.C. (3d) 86 qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de fraude. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka sont dissidents.

Jeffrey K. Boro, pour l'appellant.

André Brochu, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Le présent pourvoi, entendu en même temps que le pourvoi *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, nécessite également l'interprétation de l'art. 380 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, à l'égard des éléments de l'infraction criminelle de fraude. En interprétant les articles du *Code criminel* qui créent une infraction, il convient d'avoir à l'esprit la mise en garde que fait le juge en chef Dickson dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 860 et 861:

Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé. [Je souligne.]

While we are not asked to overrule any specific decision, I am concerned in this case that we might criminalize non-payment of debts because we disapprove of the way in which the debtor spent his money. This is a concept that has been disapproved of in our jurisprudence since the abolition of debtor prisons.

As I stated in *Théroux*, I agree generally with my colleague's analysis of the law of fraud subject to the reservations which I expressed therein. In my view, however, applying the law to the facts of this case, the conviction cannot stand absent a finding by the trial judge that, either, the accused had no intention to pay when he accepted goods from his suppliers, or, with subjective knowledge of the risk to his creditors, the accused persisted in gambling so as to show a reckless disregard for payment.

The premise upon which my colleague's reasons are based in applying the law to the facts is that the creditors had a "pecuniary interest" in the monies received by the accused by the resale of the merchandise obtained from his suppliers. She states that a reasonable person would equate this with the "diversion of corporate funds to private purposes". She concludes that "[t]he wrongful use of money in which others have a pecuniary interest for purposes that have nothing to do with business, may however, in appropriate circumstances, constitute fraud" (p. 48).

The creditors do not have a "pecuniary interest" in the monies which the accused used for gambling in the sense in which the corporation has an interest in its money which is directed to private purposes. Although creditors have "an interest" in being paid, that does not give them a pecuniary interest in a proprietary sense unless the relationship with their debtor is such that the monies are impressed with a trust. There is no such suggestion here. The fact that creditors are interested in being paid gives them no legal interest. If they had a legal interest, the wrongful appropriation of that interest would not only constitute fraud "in appro-

Bien que nous ne soyons pas appelés à renverser une décision particulière, je crains qu'en l'espèce nous criminalisons le défaut de payer des dettes parce que nous désapprouvons la façon dont le débiteur a dépensé son argent. Cette conception a été condamnée dans notre jurisprudence depuis l'abolition de l'incarcération pour dettes.

Comme je l'ai dit dans *Théroux*, je souscris d'une manière générale à l'analyse que ma collègue fait du droit de la fraude, à l'exception des réserves que j'y ai exprimées. J'estime toutefois que, si l'on applique le droit aux faits de l'espèce, on ne peut maintenir la déclaration de culpabilité si le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé n'avait pas l'intention de payer lorsqu'il a accepté les marchandises de ses fournisseurs ou que, tout en ayant subjectivement conscience du risque auquel il exposait ses créanciers, il a persisté à jouer l'argent, démontrant ainsi une insouciance téméraire à l'égard du paiement.

La prémisse sur laquelle ma collègue fonde ses motifs en appliquant le droit aux faits est celle selon laquelle les créanciers avaient un «intérêt pécuniaire» dans l'argent perçu par l'accusé lors de la revente des marchandises obtenues de ses fournisseurs. Elle affirme qu'une personne raisonnable y verrait un «détourne[ment] des fonds de l'entreprise à des fins personnelles». Elle conclut que «[l']emploi illégitime de l'argent dans lequel d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire à des fins qui n'ont rien à voir avec l'entreprise peut toutefois, dans certaines circonstances, constituer une fraude» (p. 48).

Les créanciers n'ont pas, dans les sommes d'argent jouées par l'accusé, un «intérêt pécuniaire» au sens de l'intérêt qu'une compagnie a dans ses fonds utilisés à des fins personnelles. Bien que les créanciers aient «un intérêt» à être payés, ils n'ont pas pour autant l'intérêt pécuniaire du propriétaire à moins que la relation avec leur débiteur ne fasse en sorte que les fonds soient assujettis à une fiducie. On ne laisse aucunement entendre cela en l'espèce. Le fait que les créanciers soient intéressés à être payés ne leur confère aucun droit. S'ils avaient un droit, l'appropriation illégitime de ce droit constituerait non seulement une fraude «dans cer-

priate circumstances” but would constitute theft. Furthermore, we would not be concerned with the social utility of the expenditure. A lawyer who removes money from his or her trust account without the client’s consent is guilty of theft even if it is spent to pay medical bills for a dying mother. This is not a case like *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, which involved a variation of a familiar scheme that made the rounds during the latter half of this century. Officers or directors of a corporation cooperating with third parties desirous of using the corporation’s assets for their own purpose would structure a transaction which had the appearance of legitimacy but in fact was a sham. It usually involved the sale of “moose pasture” to the corporation by an entity formed or controlled by the fraudulent parties who then profited therefrom. See, for example, *Cox v. The Queen*, [1963] S.C.R. 500, and *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.).

In short, either the creditors had an interest in the legal sense or they had the same interest as all creditors, that is, an interest in being paid. In the former case, wrongful appropriation of it would amount to theft while in the latter case it is not fraud unless, in certain circumstances, non-payment of a debt can amount to fraud. I turn to consider this aspect of the matter.

There is evidence in this case which, if accepted, would result in a finding that the appellant accepted goods for his supplies with no intention to pay. Acceptance of goods or services with a promise to pay, express or implied, accompanied by an intention not to pay would satisfy the first element of the definition of fraud either on the ground of deceit or falsehood. See *R. v. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156 (B.C.C.A.), and *R. v. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223 (Ont. C.A.). In such a case, the deprivation would be made out by reason of the fact that the suppliers parted with their goods by reason of the deceit or falsehood. Accordingly, dishonest deprivation would be made out. Although there was evidence tending to support this conclusion, there was also evidence which, if accepted, tended the other way. This

taines circonstances», mais aussi un vol. En outre, nous ne nous soucierions pas de l’utilité sociale de la dépense. L’avocat qui, sans le consentement de son client, retire de l’argent de son compte en fiducie est coupable de vol même si cet argent est utilisé pour payer les comptes médicaux d’une mère mourante. Il ne s’agit pas d’une affaire semblable à *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, où il était question d’une variante d’une méthode très courante pendant la deuxième moitié du présent siècle. Les dirigeants et les administrateurs d’une société, de concert avec des tiers désireux d’utiliser l’actif de celle-ci à leurs propres fins, concevaient une opération qui, malgré des apparences de légitimité, constituait un trompe-l’œil. Elle comportait habituellement la vente d’un bien sans valeur à la société par une entité constituée ou contrôlée par les fraudeurs qui, alors, en tiraient profit. Voir, par exemple, *Cox c. The Queen*, [1963] R.C.S. 500, et *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.).

Bref, les créanciers avaient soit un droit au sens juridique, soit le même droit que tous les créanciers, à savoir celui d’être payés. Dans le premier cas, l’appropriation illégitime de ce droit constituerait un vol, alors que dans le deuxième cas, il ne s’agit pas d’une fraude à moins que, dans certaines circonstances, le défaut de payer une dette puisse équivaloir à une fraude. Je vais maintenant examiner cet aspect de la question.

En l’espèce, il existe une preuve qui, si elle était acceptée, permettrait de conclure que l’appelant a accepté les marchandises sans avoir l’intention de les payer. L’acceptation de marchandises ou de services par une personne qui promet expressément ou implicitement de les payer sans toutefois en avoir l’intention satisferait au premier élément de la définition de fraude par supercherie ou mensonge. Voir *R. c. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156 (C.A.C.-B.), et *R. c. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223 (C.A. Ont.). Dans un tel cas, la privation serait établie du fait que les fournisseurs se sont départis de leurs marchandises par suite de la supercherie ou du mensonge. En conséquence, la privation malhonnête serait établie. Malgré la présence d’une certaine preuve qui tendait à appuyer cette conclusion, il y avait également une preuve qui, si

Court should not make original findings of fact on disputed evidence. While the trial judge stated that the accused had no concern, desire or preoccupation as regards payment of his creditors, I do not take this as a finding that there was no intention to pay when the goods were supplied.

Can the appellant's failure to pay his debts amount to fraud under the third branch of the definition, that is, "other fraudulent means", and did the trial judge make the necessary findings to support the conviction on this basis?

I accept the standard of the reasonable person and agree that the accused's belief that the conduct is not dishonest will not avail. However, as I stated in *Théroux*, there is an important distinction between a belief in the honesty of one's actions, and an honest belief in facts which would make the *actus reus* non-culpable. This is a distinction which my colleague does not seem to make. In this regard, I would adopt the following statement by J. D. Ewart, *Criminal Fraud* (1986), at p. 99:

[I]t must be remembered that while "dishonesty" is a purely objective standard to be determined by the trier of fact, the accused's subjective knowledge of the facts found to constitute the dishonesty must be demonstrated before a conviction can be entered. The objectivity of the standard of conduct constituting dishonesty in fraud does not affect the separate and distinct issue of the subjective mental element required for a fraud conviction.

In a situation where the accused uses his own funds in a way which jeopardizes his ability to repay his creditors, the conduct can only be stigmatized as dishonest if the accused does so knowingly. I cannot believe that the ordinary person would agree that unknowingly exposing one's creditors to risk is dishonest. It might be poor financial management, but it is not dishonest. The accused must deliberately undermine his or her ability to pay. If the accused honestly believes in facts which would mean that there is no risk to the

elle était acceptée, tendrait à prouver le contraire. Notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait originales sur des éléments de preuve contestés. Bien que le juge du procès ait affirmé que l'accusé ne se souciait pas de rembourser ses créanciers ni ne souhaitait le faire, je n'interprète pas cela comme une conclusion que l'accusé n'avait pas l'intention de payer les marchandises lorsqu'il les a reçues.

Le défaut de l'appelant de payer ses dettes peut-il constituer une fraude au sens du troisième volet de la définition, c'est-à-dire l'«autre moyen dolosif», et le juge du procès a-t-il tiré les conclusions nécessaires pour justifier la déclaration de culpabilité sur ce fondement?

J'accepte la norme de la personne raisonnable et je reconnais que le fait que l'accusé croie que sa conduite n'est pas malhonnête ne sera guère utile. Toutefois, comme je l'ai dit dans *Théroux*, il existe une distinction importante entre le fait de croire à l'honnêteté de ses actes et le fait de croire sincèrement en des faits qui rendraient l'*actus reus* non coupable. Il s'agit là d'une distinction que ma collègue ne semble pas faire. À cet égard, j'adopterais l'énoncé suivant de J. D. Ewart, *Criminal Fraud* (1986), à la p. 99:

[TRADUCTION] [I] faut se rappeler que si la «malhonnêteté» est une norme purement objective qu'il appartient au juge des faits de déterminer, la connaissance subjective par l'accusé des faits jugés malhonnêtes doit être démontrée pour pouvoir inscrire une déclaration de culpabilité. Le caractère objectif de la norme de la conduite malhonnête en matière de fraude ne change rien à la question distincte de l'élément moral subjectif essentiel à une déclaration de culpabilité de fraude.

Dans le cas où l'accusé utilise ses propres fonds d'une façon qui compromet sa capacité de rembourser ses créanciers, cette conduite ne peut qu'être qualifiée de malhonnête s'il agit en connaissance de cause. Je ne puis croire que la personne ordinaire verrait un acte malhonnête dans le fait d'exposer inconsciemment ses créanciers à un risque. Il pourrait s'agir d'une mauvaise gestion financière qui n'est toutefois pas malhonnête. L'accusé doit délibérément miner sa capacité de payer. Si l'accusé croit sincèrement en l'existence

creditor, then this aspect of the offence is not established. In these circumstances, it is likely that the accused will also believe that his or her actions are not dishonest, but this is not the reason for the acquittal.

The honest belief of the accused is relevant at three stages in assessing whether the offence of fraud is established. First, even the application of the objective test for dishonesty requires the reasonable person to take into account the state of mind of the accused. It is impossible to assess whether an act is dishonest without assessing the mind of the actor. This is implicit in the term “dishonest”. The state of mind of the accused is also examined in dealing with the requirement of *mens rea* for dishonesty. Although this is a subjective test, it is really a duplication of the application of the objective standard of dishonesty. Finally, in a case involving risk of deprivation, knowledge of the risk is a required mental element. In this regard, my colleague states at p. 49 that “[t]his accused knew precisely what he was doing and knew that it would have the consequence of putting his creditors’ pecuniary interest at risk” (emphasis added). This certainly is the position taken by the respondent, that by gambling, the appellant knowingly placed the property of the creditors at risk because he jeopardized their chances of repayment. In *Théroux*, my colleague properly points out that with respect to deprivation or risk thereof, either knowledge or recklessness must be proved. In the latter case, “knowledge of the likelihood” of the deprivation or risk is required. If the accused honestly believes there is no risk, this aspect of *mens rea* is not made out. In this kind of case, it is not a question of a defence that the accused “would win at the casinos and be able to pay his creditors”, it is that in view of the accused’s evidence, an essential element is not made out. This is the crucial distinction between this case and cases such as *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174, *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201, and *Olan*, *supra*. If the *actus reus* has resulted in a deprivation or risk thereof, an intention to make good the loss or to remove the risk is not a defence. The offence is complete and a

de faits qui signifieraient que le créancier n’est exposé à aucun risque, alors cet aspect de l’infraction n’est pas établi. Dans ces circonstances, il est probable que l’accusé croira également que ses actes ne sont pas malhonnêtes, mais cela ne justifie pas l’acquiescement.

Lorsqu’il s’agit de déterminer si l’infraction de fraude est établie, la conviction sincère de l’accusé est pertinente à trois étapes. D’abord, même l’application du critère objectif de la malhonnêteté exige que la personne raisonnable tienne compte de l’état d’esprit de l’accusé. Il est impossible de déterminer si un acte est malhonnête sans évaluer l’état d’esprit de l’acteur. Cela est implicite dans le terme «malhonnête». L’état d’esprit de l’accusé est également examiné relativement à l’exigence de *mens rea* en matière de malhonnêteté. Bien qu’il s’agisse d’un critère subjectif, il reproduit en fait l’application de la norme objective de la malhonnêteté. Enfin, la connaissance du risque est un élément moral nécessaire dans un cas où il y a risque de privation. À cet égard, ma collègue dit à la p. 49 que, «[e]n l’espèce, l’accusé savait parfaitement ce qu’il faisait et il savait qu’en agissant ainsi il mettrait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers» (je souligne). Il s’agit là manifestement de la position adoptée par l’intimée selon laquelle, en s’adonnant au jeu, l’appelant a sciemment mis en péril le bien de ses créanciers puisqu’il a compromis leurs chances d’être remboursés. Dans *Théroux*, ma collègue souligne à juste titre que la connaissance ou l’insouciance doit être établie à l’égard de la privation ou du risque de privation. Dans ce dernier cas, «la connaissance de la vraisemblance» de la privation ou du risque est nécessaire. Si l’accusé croit sincèrement qu’il n’existe aucun risque, cet aspect de la *mens rea* n’est pas établi. Dans ce genre d’affaire, il s’agit non pas d’une question de moyen de défense suivant lequel l’accusé «gagnerait aux casinos et serait en mesure de payer ses créanciers», mais plutôt du fait que, compte tenu du témoignage de l’accusé, un élément essentiel n’est pas établi. Voilà la distinction cruciale entre la présente affaire et les arrêts *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174, *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201, et *Olan*, précité. Si l’*actus reus* a entraîné une privation ou un risque de priva-

good intention will not save the accused. That is the situation in *Théroux*. The accused had subjected the deposits of his customers to a risk by his false representation. He did so knowingly, and his honest belief that the risk would not result in an eventual loss was to no avail. It is quite a different situation where, as here, in respect of the very activity relied on as creating the risk, the accused states that he honestly believed no risk was created. It remains to determine whether the statement by my colleague that the accused knew that his gambling would place the pecuniary interests of his creditors at risk is a finding made by the trial judge.

On my reading of the trial judge's reasons, there is no finding that the accused subjectively appreciated that his gambling created an unreasonable risk of being unable to pay his creditors. The trial judge made the following findings of fact: that the appellant was dissatisfied with the quality of goods received from his suppliers, that the appellant was not concerned or preoccupied with paying his suppliers, that the appellant's gambling created a real risk to his creditors, and that the appellant's bankruptcy was entirely due to gambling. This does not amount to a finding either that the accused did not intend to pay his creditors or that appreciating the risk created, he persisted in his conduct thus showing a reckless disregard for his creditors. Rather, the trial judge seems to accept that the appellant believed that his gambling system would allow him to repay his creditors. The trial judge does not squarely address the question of whether the appellant knew or was reckless about the unreasonable risk which his gambling created. This is a finding which, on the evidence, he could have made and one that perhaps I would make. I cannot, however, say that the trial judge erred in law in failing to make it.

In her reasons, McLachlin J. states (at p. 50) that "there is nothing in the evidence which negates the natural inference that when a person gambles with

tion, l'intention de compenser la perte ou de supprimer le risque ne constitue pas un moyen de défense. L'infraction est complète et une bonne intention ne sauvera pas l'accusé. Telle est la situation dans *Théroux*. L'accusé a, par sa fausse déclaration, mis en péril les dépôts de ses clients. Il a agi en connaissance de cause et sa conviction sincère que le risque n'entraînerait aucune perte n'était d'aucune aide. La situation est tout à fait différente lorsque, comme en l'espèce, l'accusé affirme, au sujet de l'activité même dont on dit qu'elle crée le risque, qu'il est sincèrement convaincu qu'aucun risque n'a été créé. Reste à déterminer si l'affirmation de ma collègue selon laquelle l'accusé savait qu'en s'adonnant au jeu il mettrait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers est une conclusion que le juge du procès a tirée.

Selon moi, le juge du procès n'a pas conclu, dans ses motifs, que l'accusé comprenait subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il risquait déraisonnablement d'être incapable de rembourser ses créanciers. Le juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes: l'appellant n'était pas satisfait de la qualité des marchandises reçues de ses fournisseurs; il ne se souciait pas de payer ses fournisseurs; il avait, en jouant, exposé ses créanciers à un risque, et sa faillite était entièrement due au jeu. Cela ne revient pas à conclure que l'accusé n'avait pas l'intention de payer ses créanciers ou que, tout en saisissant le risque créé, il a persisté à agir ainsi, démontrant une insouciance téméraire à leur égard. Au contraire, le juge du procès semble accepter que l'appellant croyait que sa méthode de jeu lui permettrait de rembourser ses créanciers. Le juge du procès n'aborde pas directement la question de savoir si l'appellant était conscient du risque déraisonnable que son jeu créait ou s'il y était indifférent. D'après la preuve, il s'agit là d'une conclusion qu'il aurait pu tirer et que je pourrais peut-être tirer moi-même. Toutefois, je ne puis affirmer que le juge du procès a commis une erreur de droit en s'abstenant de le faire.

Dans ses motifs, le juge McLachlin affirme (à la p. 50) qu'«il n'y a rien dans la preuve qui écarte la déduction naturelle que la personne qui joue des

funds in which others have a pecuniary interest he knows that he puts that interest at risk". The appellant does not have to negate this inference if there is evidence which, if accepted, is capable of raising a reasonable doubt that he did not appreciate that his gambling created an unreasonable risk of being unable to repay his suppliers. In this case there was evidence capable of raising a reasonable doubt. For instance, the appellant stated (C.O.A., at p. 1500):

Well, the system which I had, I was very convinced that I cannot fail because the system is very good. Only the problem with the system is that you need a large amount of money to be able to gamble this system because it required that you double your bets every time. . . . [Emphasis added.]

In the absence of a finding of fact on an essential element of the offence, this Court ought not to confirm a conviction simply because, in its view, there is evidence which "establishes the *mens rea*" (per McLachlin J. at p. 50). As long as there is evidence capable of raising a reasonable doubt, this Court should not make findings of fact. Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial on counts 1, 5, 8 and 11.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal raises the issue of whether a businessman who diverts the proceeds of goods received for resale to a gambling scheme may be found guilty of fraud.

I — Facts

The appellant ran a business as a wholesaler of T-shirts and sweatshirts. Between November 1983 and January 1984, the appellant accepted goods with a value of more than \$375,000 from his suppliers. The goods were supplied by Château Lingerie Mfg. Co., Tricot Mondial Inc. and Elizabeth Lingerie Mfg. Ltd.

fonds dans lesquels d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire sait qu'elle met en péril cet intérêt». L'appelant n'a pas à écarter cette déduction s'il y a une preuve qui, si elle est acceptée, est susceptible de créer un doute raisonnable qu'il ne s'est pas rendu compte que le fait de s'adonner au jeu l'exposait au risque déraisonnable d'être incapable de rembourser ses fournisseurs. En l'espèce, il y avait une preuve susceptible de créer un doute raisonnable. Par exemple, l'appelant affirme (dossier, à la p. 1500):

[TRADUCTION] Bien, la méthode que j'avais, j'étais très convaincu que je ne puis échouer parce qu'il s'agit d'une excellente méthode. Le seul problème avec cette méthode c'est qu'il faut une somme considérable d'argent pour pouvoir jouer, étant donné qu'elle exige de doubler les mises chaque fois . . . [Je souligne.]

En l'absence d'une conclusion de fait sur un élément essentiel de l'infraction, notre Cour ne devrait pas confirmer une déclaration de culpabilité simplement parce qu'à son avis il y a une preuve qui «établit l'existence de la *mens rea*» (le juge McLachlin, à la p. 50). Tant et aussi longtemps qu'il y a une preuve susceptible de créer un doute raisonnable, notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès relativement aux premier, cinquième, huitième et onzième chefs.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—En l'espèce, il s'agit de déterminer s'il est possible de déclarer coupable de fraude un homme d'affaires qui détourne le produit de marchandises destinées à la revente pour s'adonner au jeu.

I — Les faits

L'appelant exploitait une entreprise de vente en gros de tee-shirts et de sweat-shirts. Entre novembre 1983 et janvier 1984, il a reçu de ses fournisseurs, Château Lingerie Mfg. Co., Tricot Mondial Inc. et Manufacture Élisabeth Lingerie Ltée, des marchandises dont la valeur s'élevait à plus de 375 000 \$.

These suppliers delivered goods to the appellant in return for post-dated cheques or on credit. Over a three-month period which began about mid-November 1983, the appellant gambled away all of the assets of his business. Among these assets were monies received from the sale of goods provided to the appellant by his suppliers. On all of the occasions of gambling, the appellant lost money using a system which he believed would increase his odds of winning.

The appellant was declared bankrupt in February 1984. He owed his suppliers for goods supplied: \$238,311 to Château Lingerie, \$94,213 to Tricot Mondial, and \$45,294 to Elizabeth Lingerie. He also owed \$25,000 to a customer, Rose Dry Goods, for goods he had failed to supply.

At trial, Morier J.S.P. found the appellant guilty of fraud, on counts 1, 5, 8, and 11 of the indictment, and stayed the other counts on the basis of the principle articulated in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. Counts 1, 5, 8, and 11 name the above mentioned suppliers and customer. This finding was upheld on appeal to the Quebec Court of Appeal, with a dissent by Tyndale J.A.

II — Judgments Below

Trial

Morier J.S.P. found that the money earned on the sale of goods received from the suppliers and money received from the customer belonged to the appellant at the time of his gambling. Citing *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, Morier J.S.P. held that speculative use of such funds could be a dishonest act, and accordingly could constitute fraud by "other fraudulent means": see *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1)).

The trial judge also found that these acts exposed the pecuniary interests of the appellant's

Les marchandises ont été livrées à l'appellant par ces fournisseurs en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit. Pendant trois mois à compter de la mi-novembre 1983, l'appellant a perdu au jeu tout l'actif de son entreprise. Cet actif comprenait le produit de la vente des marchandises fournies à l'appellant par ses fournisseurs. Chaque fois qu'il a joué, l'appellant a perdu en utilisant une méthode qui, croyait-il, augmenterait ses chances de gagner.

En février 1984, l'appellant a fait faillite. Il devait 238 311 \$ à Château Lingerie, 94 213 \$ à Tricot Mondial et 45 294 \$ à Élisabeth Lingerie pour des marchandises fournies, et 25 000 \$ à sa cliente Rose Dry Goods pour des marchandises qu'il n'avait pas fournies.

Au procès, le juge Morier de la Cour des sessions de la paix a déclaré l'appellant coupable de fraude relativement aux premier, cinquième, huitième et onzième chefs de l'acte d'accusation et a arrêté les procédures quant aux autres chefs en s'appuyant sur le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Les fournisseurs et la cliente susmentionnés étaient nommés dans les premier, cinquième, huitième et onzième chefs. La conclusion du juge a été maintenue en appel devant la Cour d'appel du Québec, le juge Tyndale étant dissident.

II — Les juridictions inférieures

Procès

Le juge Morier a conclu que le produit de la vente des marchandises reçues des fournisseurs et la somme reçue de la cliente appartenaient à l'appellant au moment où il les a risqués au jeu. Citant *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, le juge Morier a conclu que l'utilisation de nature spéculative de ces fonds pouvait constituer un acte malhonnête et qu'elle pouvait donc constituer une fraude par un «autre moyen dolosif»: voir *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 380(1) (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 338(1)).

Le juge du procès a également conclu que ces actes mettaient en péril les intérêts pécuniaires des

suppliers and customer to risk, thereby satisfying the requirement of deprivation set out in *Olan*. As for the *mens rea*, the trial judge did not state whether the test applied was subjective or objective. His only comment on the appellant's state of mind was the following:

[TRANSLATION] It is obvious that as of mid-November, the accused did not care nor experience any desire to pay for the merchandise that his suppliers continued to deliver to him. This preoccupation was nonexistent.

In other words, the trial judge found that the accused was not concerned whether or not he paid for the goods he accepted.

The trial judge convicted the appellant of fraud on those counts involving the receipt of goods after November 18, 1983, the date after which he no longer cared whether or not he paid for those goods.

Court of Appeal

The majority of the Court of Appeal upheld the conviction for fraud: (1991), 65 C.C.C. (3d) 86. In finding that the trial judge had made no error, Gendreau J.A. held that the fact that the appellant did not intend to lose money gambling and hence did not intend to deprive his creditors of their payments provided no defence; the appellant knew that the monies used in gambling were subject to the laws of chance. Gendreau J.A. found that the offence of fraud required a dishonest course of conduct, and found such conduct in the fact that the appellant gambled with monies earned on the sale of the goods which he had received, but for which he had not paid. Proulx J.A. agreed that the trial judge had not erred. He emphasized the fact that after the middle of November, the appellant had no intention of paying his creditors, but continued to take their goods, and continued to represent to his creditors that he would pay for these goods.

Tyndale J.A. dissented on the ground that there was no proof that appellant had intended to act dishonestly toward his creditors at the time of the transactions in issue. He appears to have held that an accused must subjectively appreciate the dis-

fournisseurs et de la cliente de l'appelant, satisfaisant ainsi à l'exigence de privation formulée dans l'arrêt *Olan*. Quant à la *mens rea*, le juge du procès n'a pas dit si le critère appliqué était subjectif ou objectif. Voici la seule observation qu'il a formulée au sujet de l'état d'esprit de l'appelant:

Il est évident qu'à partir de la mi-novembre, l'accusé n'a eu aucun souci, n'a éprouvé aucun désir de payer les marchandises que ses fournisseurs continuaient de lui livrer. Cette préoccupation était inexistante.

En d'autres termes, le juge du procès a conclu que l'accusé ne s'était guère soucié de payer les marchandises reçues.

Il a déclaré l'appelant coupable de fraude relativement aux chefs où il était question de marchandises reçues après le 18 novembre 1983, date à compter de laquelle il ne s'est plus soucié de les payer.

La Cour d'appel

La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité de fraude: (1991), 65 C.C.C. (3d) 86. En décidant que le juge du procès n'avait commis aucune erreur, le juge Gendreau a conclu que le fait que l'appelant n'ait pas eu l'intention de perdre de l'argent au jeu ni, par conséquent, de priver ses créanciers de leurs paiements ne constituait pas un moyen de défense; l'appelant savait que les sommes jouées étaient soumises aux lois du hasard. Le juge Gendreau a conclu que l'infraction de fraude exigeait l'adoption d'une ligne de conduite malhonnête et que l'appelant avait adopté une telle conduite en jouant le produit de la vente des marchandises reçues et non payées. Le juge Proulx a convenu que le juge du procès ne s'était pas trompé. Il a souligné le fait qu'à compter de la mi-novembre, même s'il n'avait pas l'intention de rembourser ses créanciers, l'appelant a continué à accepter leurs marchandises et à leur déclarer qu'il les paierait.

Le juge Tyndale a fondé sa dissidence sur l'absence de preuve que l'appelant avait eu l'intention d'agir malhonnêtement envers ses créanciers au moment des opérations en cause. Il paraît avoir conclu qu'un accusé doit se rendre compte subjek-

honesty of the conduct undertaken in order that the *mens rea* of the offence of fraud be established.

III — Statutory Provisions

Criminal Code

Prior to December 4, 1985, s. 380(1) (then s. 338(1)) read:

338. (1) Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years, where the subject-matter of the fraud is a testamentary instrument or where the value thereof exceeds two hundred dollars; or

(b) is guilty

(i) of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years, or

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

where the value of the property of which the public or any person is defrauded does not exceed two hundred dollars.

It now reads:

380. (1) Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(a) is guilty of an indictable offence and liable to a term of imprisonment not exceeding ten years, where the subject-matter of the offence is a testamentary instrument or where the value of the subject-matter of the offence exceeds one thousand dollars; or

(b) is guilty

(i) of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

where the value of the subject-matter of the offence does not exceed one thousand dollars.

tivement de la malhonnêteté de sa conduite pour que la *mens rea* de l'infraction de fraude soit établie.

a III — Les dispositions législatives

Code criminel

Avant le 4 décembre 1985, le par. 380(1) (alors le par. 338(1)) était ainsi rédigé:

338. (1) Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur

a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, si l'objet de la fraude est un titre testamentaire ou si la valeur de ce dont est frustré le public ou toute personne dépasse deux cents dollars; ou

b) est coupable

(i) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, ou

(ii) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

si la valeur du bien dont est frustré le public ou toute personne ne dépasse pas deux cents dollars.

Maintenant, il se lit ainsi:

380. (1) Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur:

a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, si l'objet de l'infraction est un titre testamentaire ou si la valeur de l'objet de l'infraction dépasse mille dollars;

b) est coupable:

(i) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans,

(ii) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

si la valeur de l'objet de l'infraction ne dépasse pas mille dollars.

IV — Discussion1. *Introduction*

The elements of the offence of fraud are discussed in a general fashion in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, released simultaneously. For the purposes of this case, it suffices to state that the *actus reus* of fraud will be established by proof of:

1. the prohibited act, be it an act of deceit, a falsehood or some other fraudulent means; and
2. deprivation caused by the prohibited act, which may consist in actual loss or the placing of the victim's pecuniary interests at risk.

Correspondingly, the *mens rea* of fraud is established by proof of:

1. subjective knowledge of the prohibited act; and
2. subjective knowledge that the prohibited act could have as a consequence the deprivation of another (which deprivation may consist in knowledge that the victim's pecuniary interests are put at risk).

Where the conduct and knowledge required by these definitions are established, the accused is guilty whether he actually intended the prohibited consequence or was reckless as to whether it would occur.

2. *The Actus Reus*

Turning first to the *actus reus*, it is not clear what conduct on the part of the appellant the trial judge found to be a prohibited act. His references to the appellant's gambling suggest that he considered this the prohibited act. On the other hand, he convicted the appellant of only those charges that arose from delivery of goods after the appellant ceased to care whether he paid or not.

In my view, the most reasonable way of viewing the reasons is to find that, in the view of the trial

IV — Analyse1. *Introduction*

Dans l'arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, rendu simultanément, les éléments de l'infraction de fraude font l'objet d'une analyse générale. Pour les fins de la présente affaire, il suffit de dire que l'*actus reus* de la fraude sera établi par la preuve:

1. d'un acte prohibé, qu'il s'agisse d'une supercherie, d'un mensonge ou d'un autre moyen dolosif, et
2. de la privation causée par l'acte prohibé, qui peut consister en une perte véritable ou dans le fait de mettre en péril les intérêts pécuniaires de la victime.

De même, la *mens rea* de la fraude est établie par la preuve:

1. de la connaissance subjective de l'acte prohibé, et
2. de la connaissance subjective que l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui (laquelle privation peut consister en la connaissance que les intérêts pécuniaires de la victime sont mis en péril).

Si la conduite et la connaissance requises par ces définitions sont établies, l'accusé est coupable peu importe qu'il ait effectivement souhaité la conséquence prohibée ou qu'il lui était indifférent qu'elle se réalise ou non.

2. *L'actus reus*

En ce qui concerne l'*actus reus*, on ne sait pas clairement quelle conduite de la part de l'appellant a été considérée comme un acte prohibé par le juge du procès. Par ses allusions au fait que l'appellant s'adonnait au jeu, il laisse entendre qu'il s'agissait là de l'acte prohibé. Par ailleurs, il n'a déclaré l'appellant coupable que relativement aux accusations qui ont résulté de la livraison de marchandises à compter du moment où l'appellant ne s'est plus soucié de payer.

À mon avis, la façon la plus raisonnable de percevoir les motifs du juge du procès consiste à con-

judge, the combined act of taking the goods without concern for payment and gambling away the value they represented constituted dishonest conduct amounting to “other fraudulent means” within the meaning of the third head of the offence of fraud as set out in s. 380(1) of the *Criminal Code*. The trial judge did not doubt that this conduct put at risk the pecuniary interests of the appellant’s suppliers and customer. The whole of the conduct, taken together, constituted a fraudulent scheme. On this ground, the trial judge concluded that the *actus reus* of the offence of fraud was established.

The trial judge did not unequivocally find a lie or an act of deceit. Therefore the question is whether the scheme outlined constitutes “other fraudulent means” within the meaning of the third head of the offence as set out in s. 380(1) of the *Criminal Code*. In my view, it does.

(i) Fraud by “Other Fraudulent Means”

In *Olan, supra*, Dickson J. (as he then was) had the following to say about the phrase “other fraudulent means” (at p. 1180):

... proof of deceit is not essential to support a conviction [for fraud]. ... The words ‘other fraudulent means’ in s. 338(1) [now s. 380(1)] include means which are not in the nature of a falsehood or a deceit; they encompass all other means which can properly be stigmatized as dishonest.

Most frauds continue to involve either deceit or falsehood. As is pointed out in *Théroux*, proof of deceit or falsehood is sufficient to establish the *actus reus* of fraud; no further proof of dishonest action is needed. However, the third category of “other fraudulent means” has been used to support convictions in a number of situations where deceit or falsehood cannot be shown. These situations include, to date, the use of corporate funds for personal purposes, non-disclosure of important facts, exploiting the weakness of another, unauthorized diversion of funds, and unauthorized arrogation of funds or property: *R. v. Black and Whiteside*

clure que, pour celui-ci, le fait d’accepter les marchandises sans se soucier de les payer, conjugué à la perte au jeu de la valeur qu’elles représentaient, constituait une conduite malhonnête équivalant à un «autre moyen dolosif» au sens du troisième volet de l’infraction de fraude énoncée au par. 380(1) du *Code criminel*. Le juge du procès ne doutait pas que cette conduite a mis en péril les intérêts pécuniaires des fournisseurs et de la cliente de l’appelant. Dans son ensemble, la conduite constituait une manœuvre dolosive. C’est pourquoi le juge du procès a conclu que l’*actus reus* de l’infraction de fraude était établi.

Le juge du procès n’a pas conclu de façon non équivoque à l’existence d’un mensonge ou d’une supercherie. La question est donc de savoir si la méthode exposée constitue un «autre moyen dolosif» au sens du troisième volet de l’infraction énoncée au par. 380(1) du *Code criminel*. À mon avis, c’est le cas.

(i) Fraude par un «autre moyen dolosif»

Dans l’arrêt *Olan*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a tenu les propos suivants au sujet de l’expression «autre moyen dolosif» (à la p. 1180):

... la preuve de la supercherie n’est pas essentielle pour pouvoir prononcer une condamnation [pour fraude]. [...] Les mots «autres moyens dolosifs» [du par. 338(1) (maintenant le par. 380(1))] couvrent les moyens qui ne sont ni des mensonges ni des supercheries; ils comprennent tous les autres moyens qu’on peut proprement qualifier de malhonnêtes.

La plupart des fraudes continuent de comporter une supercherie ou un mensonge. Tel que souligné dans *Théroux*, la preuve de la supercherie ou du mensonge suffit à établir l’*actus reus* de la fraude; aucune autre preuve d’un acte malhonnête n’est requise. Toutefois, la troisième catégorie de l’«autre moyen dolosif» a servi à justifier des déclarations de culpabilité dans un certain nombre de situations où il est impossible de démontrer l’existence d’une supercherie ou d’un mensonge. Ces situations incluent, à ce jour, l’utilisation des ressources financières d’une compagnie à des fins personnelles, la dissimulation de faits importants,

(1983), 5 C.C.C. (3d) 313 (Ont. C.A.); *R. v. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348 (N.B.C.A.); *R. v. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23 (Ont. C.A.); *R. v. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342 (Ont. Co. Ct.), *R. v. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557 (Que. C.A.); *R. v. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (Man. C.A.); *R. v. Currie*; *R. v. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280, and *R. v. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65 (C.A.).

The fundamental question in determining the *actus reus* of fraud within the third head of the offence of fraud is whether the means to the alleged fraud can properly be stigmatized as dishonest: *Olan, supra*. In determining this, one applies a standard of the reasonable person. Would the reasonable person stigmatize what was done as dishonest? Dishonesty is, of course, difficult to define with precision. It does, however, connote an underhanded design which has the effect, or which engenders the risk, of depriving others of what is theirs. J. D. Ewart, in his *Criminal Fraud* (1986), defines dishonest conduct as that “which ordinary, decent people would feel was discreditable as being clearly at variance with straightforward or honourable dealings” (p. 99). Negligence does not suffice. Nor does taking advantage of an opportunity to someone else’s detriment, where that taking has not been occasioned by unscrupulous conduct, regardless of whether such conduct was wilful or reckless. The dishonesty of “other fraudulent means” has, at its heart, the wrongful use of something in which another person has an interest, in such a manner that this other’s interest is extinguished or put at risk. A use is “wrongful” in this context if it constitutes conduct which reasonable decent persons would consider dishonest and unscrupulous.

Cases which have considered instances of “other fraudulent means” by unauthorized diversion of funds provide concrete examples of the application of these principles. *Olan, supra*, concerned a com-

l’exploitation de la faiblesse d’autrui, le détournement de fonds et l’usurpation de fonds ou de biens: *R. c. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Ont.); *R. c. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348 (C.A.N.-B.); *R. c. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.); *R. c. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342 (C. cté Ont.); *R. c. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Qué.); *R. c. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *R. c. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (C.A. Man.); *R. c. Currie*; *R. c. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280, et *R. c. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65 (C.A.).

La question fondamentale qu’il faut se poser en déterminant l’*actus reus* de la fraude au sens du troisième volet de l’infraction de fraude est de savoir si le moyen adopté pour commettre la prétendue fraude peut à juste titre être qualifié de malhonnête: *Olan, précité*. Pour déterminer cela, on applique la norme de la personne raisonnable. La personne raisonnable qualifierait-elle l’acte de malhonnête? Évidemment, il n’est pas facile de définir avec précision la malhonnêteté. Elle implique cependant un dessein caché ayant pour effet de priver ou de risquer de priver d’autres personnes de ce qui leur appartient. Dans *Criminal Fraud* (1986), J. D. Ewart définit la conduite malhonnête comme étant celle [TRADUCTION] «qu’une personne honnête ordinaire jugerait indigne parce qu’elle est nettement incompatible avec les activités honnêtes ou honorables» (p. 99). La négligence ne suffit pas, pas plus que le fait de profiter d’une chance au détriment d’autrui sans avoir adopté une conduite dénuée de scrupules, peu importe que cette conduite soit volontaire ou irréfléchie. La malhonnêteté de l’«autre moyen dolosif» tient essentiellement à l’emploi illégitime d’une chose sur laquelle une personne a un droit, de telle sorte que ce droit d’autrui se trouve éteint ou compromis. L’emploi est «illégitime» dans ce contexte s’il constitue une conduite qu’une personne honnête et raisonnable considérerait malhonnête et dénuée de scrupules.

Les affaires où l’«autre moyen dolosif» consistait à détourner des fonds sans y être autorisé offrent des exemples concrets de l’application de ces principes. Dans l’arrêt *Olan, précité*, il était

plicated takeover transaction, in the course of which the new, post-takeover board of directors transferred the target company's blue chip securities portfolio into investment vehicles which were basically valueless. The ultimate purpose of this transfer was to permit the parties who effected the takeover to pay the takeover price with monies from the target-company's securities portfolio. The Crown charged that the target company had been defrauded. In finding those who effected the takeover guilty of fraud by "other fraudulent means", this Court did not consider decisive the mere fact that the target company's portfolio was the means by which the takeover would be financed. Nor did this Court think it sufficient that the transfer to the new investment vehicles was a worthless investment decision. Latitude was granted for business operations and necessary business risk. The critical question was whether the transfer of investment vehicles could be considered within the *bona fides* business interest of the target company, or was more appropriately seen as a transfer designed to serve the personal ends of the parties who effected the transfer, bearing no relation to *bona fides* business purposes. The inference was that, in the circumstances of the case, the target company could not be reasonably thought willing to submit to a diversion of its funds to the personal ends of those effecting the takeover. This Court had no trouble concluding that the transfer could only be characterized as a transfer for personal ends, which deprived the target company of something they had an interest in.

Appellate courts have followed the same approach, asking whether the diversion of funds at issue could reasonably be thought to serve personal rather than *bona fides* business ends. For example, in *R. v. Geddes, supra*, a motorcycle dealer accepted money from a purchaser as advance payment on a particular type of motorcycle. After certain perfunctory efforts to obtain the

question d'une opération compliquée de prise de contrôle au cours de laquelle le nouveau conseil d'administration, constitué après la prise de contrôle, a transféré le portefeuille de valeurs mobilières de premier ordre de la compagnie cible dans des moyens d'investissement qui étaient pratiquement sans valeur. Ce transfert avait pour objet ultime de permettre aux parties effectuant la prise de contrôle de la financer avec des sommes provenant du portefeuille de valeurs mobilières de la compagnie cible. Le ministère public a allégué que cette dernière avait été victime de fraude. En déclarant ceux qui avaient effectué la prise de contrôle coupables de fraude par un «autre moyen dolosif», notre Cour n'a pas considéré déterminant le simple fait que le portefeuille de la compagnie cible devait servir à financer la prise de contrôle. Notre Cour n'a pas non plus jugé suffisant que la décision de transférer le portefeuille dans de nouveaux moyens d'investissement ait été mauvaise. On jouissait d'une certaine latitude concernant les activités commerciales et le risque inévitable qui s'y rattache. La question cruciale était de savoir si le transfert des moyens d'investissement pouvait être considéré comme servant les véritables intérêts financiers de la compagnie cible ou s'il convenait davantage de le considérer comme étant destiné à servir les fins personnelles des parties qui l'ont effectué, sans égard aux objectifs véritables de l'entreprise. On a déduit que, compte tenu des circonstances de l'affaire, on ne pouvait pas raisonnablement considérer que la compagnie cible était disposée à se prêter à un détournement de ses fonds pour les fins personnelles des parties qui effectuaient la prise de contrôle. Notre Cour a conclu sans difficulté qu'il ne pouvait s'agir que d'un transfert à des fins personnelles, qui privait la compagnie cible d'une chose dans laquelle elle avait un intérêt.

Les cours d'appel ont adopté le même point de vue en se demandant si on pouvait raisonnablement considérer que le détournement de fonds en cause servait des intérêts personnels plutôt que les véritables intérêts de l'entreprise. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Geddes*, précité, un marchand de motocyclettes a accepté une somme d'un acheteur à titre d'avance pour un modèle particulier de

desired motorcycle, the dealer deposited the money into his bank account, which was at the time overdrawn. The dealer immediately wrote cheques on this account to service his personal debts. The accused argued that he fully intended to carry through his undertaking to get the motorcycle, and failed only in because he was negligent in the operation of his business, in particular, in his expectation that he would shortly get a loan which would ultimately permit him to make good on his undertaking. The Manitoba Court of Appeal rejected this defence, emphasizing that there was nothing negligent or inadvertent in the dealer's use of the purchaser's money to satisfy his personal obligations.

The Ontario Court of Appeal in *R. v. Currie; R. v. Bruce*, *supra*, dealt with a similar situation in the same fashion. The accused were in the business of investing funds in a certain company, "Water-Eze Products Ltd.", but diverted these funds without notice to the investors to an aviation company known as "Aerobec". There was no question of any misrepresentations. Nor was there any question as to what the accused were authorized to do with the funds given to them. The court, *per* Lacourcière J.A., found that the fact that the accused used the funds in a manner which was not authorized was sufficient grounds for finding that the accused acted dishonestly.

(ii) Application to this Appeal

In the case at bar, the funds which the accused used to gamble represented the means by which the creditors, who had supplied the goods that produced these funds, could be repaid. The creditors had, to this extent, a pecuniary interest in the monies. The appellant had the legal right to use the funds he obtained from the sale of the goods. In this sense the position of the accused is similar to that of the parties who effected the takeover in *Olan*, or the motorcycle dealer in *Geddes*. It may be, depending on the circumstances, that had he chosen to invest them in the stock market or a real

motocyclette. Après avoir tenté sans trop de conviction d'obtenir la motocyclette désirée, le marchand a déposé l'argent dans son compte bancaire qui était alors à découvert. Il a immédiatement tiré des chèques sur son compte afin de payer ses dettes personnelles. L'accusé a prétendu qu'il comptait pleinement respecter son engagement d'obtenir la motocyclette et qu'il n'avait échoué que parce qu'il avait fait preuve de négligence dans l'exploitation de son commerce, en particulier en espérant obtenir sous peu un prêt qui lui permettrait finalement de respecter son engagement. La Cour d'appel du Manitoba a rejeté ce moyen de défense, soulignant que le marchand n'avait fait preuve d'aucune négligence ou inattention en se servant de l'argent de l'acheteur pour s'acquitter de ses obligations personnelles.

Dans l'arrêt *R. c. Currie; R. c. Bruce*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée de la même façon sur une situation semblable. Les accusés, dont l'entreprise consistait à investir de l'argent dans une certaine compagnie, la compagnie «Water-Eze Products Ltd.», détournèrent cet argent, sans aviser les investisseurs, dans une compagnie d'aviation appelée «Aerobec». Il n'était pas question de fausses déclarations. Aucune question ne se posait non plus quant à l'usage que les accusés pouvaient faire des fonds qui leur étaient versés. La Cour d'appel a conclu, par l'intermédiaire du juge Lacourcière, que le fait que les accusés aient utilisé les fonds d'une façon non autorisée suffisait pour conclure qu'ils avaient agi malhonnêtement.

(ii) Application au présent pourvoi

En l'espèce, les sommes jouées par l'accusé représentaient le moyen par lequel les créanciers, qui avaient fourni les marchandises ayant rapporté ces sommes, pouvaient être payés. Dans cette mesure, les créanciers avaient un intérêt pécuniaire dans ces sommes d'argent. L'appellant avait le droit d'utiliser le produit de la vente des marchandises. Dans ce sens, sa situation est semblable à celle des parties qui ont réalisé la prise de contrôle dans l'arrêt *Olan*, ou à celle du marchand de motocyclettes dans l'arrêt *Geddes*. Il est possible, tout dépendant des circonstances, que s'il avait choisi

estate venture, he would not be guilty of criminal fraud because in the circumstances it could not be shown that these were amongst the acts prohibited by the offence. As was found in *Olan*, it is not decisive that an accused use monies received in the course of business transactions in a manner which may not be that preferred or selected by his creditors, or those with some other pecuniary interest in the monies.

The appellant did not, however, have an unrestricted right to use these funds as he pleased. In accepting these goods with no concern for payment and in diverting the funds to a non-business, notoriously risky enterprise, he put these funds to a wrongful use. I am satisfied that a reasonable person would regard as dishonest a scheme involving the acceptance of merchandise for resale without concern for repayment and the diversion of the proceeds to a reckless gambling adventure. The distinction is the same as the distinction between a corporate officer using corporate funds for unwise business purposes, which is not fraud, and the diversion of corporate funds to private purposes having nothing to do with business. Unwise business practices are not fraudulent. The wrongful use of money in which others have a pecuniary interest for purposes that have nothing to do with business, may however, in appropriate circumstances, constitute fraud.

The fact that the appellant had legal title to the monies he gambled away does not alter the result. Fraud looks to the substance of the matter. The authorities make it clear that it is unnecessary for a defrauding party to profit from his or her fraud in order to be convicted; it is equally unnecessary that the victims of a fraud suffer actual pecuniary loss in order that the offence be made out: *Olan, supra*; *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.); *R. v. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181 (B.C.C.A.); *Welham v. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103 (H.L.); *R. v. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257 (B.C.C.A.); *R.*

d'investir ces sommes à la bourse ou dans une opération immobilière, il ne serait pas coupable de fraude criminelle puisque, dans ces circonstances, il ne pourrait être démontré qu'il s'agissait là d'un des actes visés par l'infraction. Comme on l'a conclu dans l'arrêt *Olan*, il n'y a rien de déterminant dans le fait qu'un accusé ait utilisé les sommes reçues dans le cadre d'opérations commerciales d'une façon que ni ses créanciers ni ceux qui ont un autre intérêt pécuniaire dans ces sommes n'auraient privilégiée ou choisie.

L'appelant n'avait toutefois pas le droit absolu d'utiliser ces sommes à sa guise. En acceptant ces marchandises sans se soucier de les payer et en détournant les sommes vers une entreprise non commerciale et notoirement risquée, il a employé ces sommes illégitimement. Je suis convaincu qu'une personne raisonnable considérerait malhonorable d'accepter de la marchandise destinée à la revente sans se préoccuper de la payer pour ensuite jouer témérairement le produit de cette revente. La distinction est la même que celle entre un dirigeant d'entreprise qui ne commet pas une fraude en utilisant des fonds de l'entreprise à des fins commerciales peu judicieuses, et celui qui détourne des fonds de l'entreprise à des fins personnelles qui n'ont rien à voir avec l'entreprise. Les pratiques commerciales malavisées ne sont pas dolosives. L'emploi illégitime de l'argent dans lequel d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire à des fins qui n'ont rien à voir avec l'entreprise peut toutefois, dans certaines circonstances, constituer une fraude.

Le fait que l'appelant possédait un droit de propriété sur les sommes qu'il a perdues au jeu ne change rien au résultat. La fraude concerne le fond de la question. Il ressort clairement de la jurisprudence que la partie qui commet une fraude n'a pas à en tirer profit pour être déclarée coupable; il n'est pas nécessaire non plus que les victimes d'une fraude subissent une perte pécuniaire réelle pour que l'infraction soit établie: *Olan, précité*; *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.); *R. c. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181 (C.A.C.-B.); *Welham c. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103 (H.L.); *R.*

v. Rodrigue, Ares and Nantel (1973), 17 C.C.C. (2d) 252 (Que. C.A.), and *R. v. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198 (Ont. C.A.). What is essential is not the formalities of profit or actual pecuniary loss, but that dishonest commercial practices which subject the pecuniary interest of others to deprivation or the risk of deprivation be visited with the criminal sanction. It follows that the fact that the defrauder may have legal title to the property affords no defence; it is not his title, but how he has obtained it and what he does with it that is important.

The requirement of deprivation poses little difficulty on these facts. As the trial judge found, the appellant's fraudulent scheme put the creditors' pecuniary interest at risk. *Olan* establishes that this suffices. As is noted above, this deprivation was perpetrated by dishonest conduct which amounts to "other fraudulent means".

3. *The Mens Rea*

The findings of the trial judge establish that the appellant, when he received the goods, did not care whether or not he paid for them, and then proceeded to sell them and divert the money received from their sale to gambling. As is pointed out in *Théroux*, released concurrently, fraud by "other fraudulent means" does not require that the accused subjectively appreciate the dishonesty of his or her acts. The accused must knowingly, i.e., subjectively, undertake the conduct which constitutes the dishonest act, and must subjectively appreciate that the consequences of such conduct could be deprivation, in the sense of causing another to lose his or her pecuniary interest in certain property or in placing that interest at risk.

This accused knew precisely what he was doing and knew that it would have the consequence of putting his creditors' pecuniary interests at risk. It is true that the trial judge made no explicit finding that the accused subjectively appreciated that in gambling he was subjecting the interests of others to the risk of deprivation. However, the trial judge,

R. c. Melnyk (1947), 90 C.C.C. 257 (C.A.C.-B.); *R. c. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252 (C.A. Qué.), et *R. c. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198 (C.A. Ont.). L'important est non pas qu'il y ait profit ou perte pécuniaire réelle, mais que les pratiques commerciales malhonnêtes qui exposent l'intérêt pécuniaire d'autrui à la privation ou au risque de privation fassent l'objet d'une sanction criminelle. Il s'ensuit que la possibilité que le fraudeur ait un droit de propriété sur le bien ne constitue pas un moyen de défense; ce qui importe n'est pas son droit de propriété, mais la façon dont il l'a obtenu et ce qu'il en fait.

L'exigence de privation soulève peu de difficultés d'après ces faits. Comme l'a conclu le juge du procès, l'appelant a, par sa méthode dolosive, mis en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers. D'après l'arrêt *Olan*, il n'en faut pas plus. Comme je l'ai noté précédemment, la privation a résulté d'une conduite malhonnête qui équivaut à un «autre moyen dolosif».

e 3. *La mens rea*

Il ressort des conclusions du juge du procès que, lorsqu'il a reçu les marchandises, l'appelant ne s'est pas soucié de les payer, et qu'il a ensuite entrepris de les vendre et de détourner le produit de leur vente pour s'adonner au jeu. Comme on le souligne dans l'arrêt *Théroux* rendu simultanément, pour commettre une fraude par un «autre moyen dolosif», il n'est pas nécessaire que l'accusé saisisse subjectivement la malhonnêteté de son acte ou de ses actes. Il doit sciemment, c'est-à-dire subjectivement, adopter la conduite qui constitue l'acte malhonnête, et il doit comprendre subjectivement que cette conduite peut entraîner une privation au sens de faire perdre à une autre personne l'intérêt pécuniaire qu'elle a dans un certain bien ou de mettre en péril cet intérêt.

En l'espèce, l'accusé savait parfaitement ce qu'il faisait et il savait qu'en agissant ainsi il mettrait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers. Il est vrai que le juge du procès n'a pas conclu expressément que l'accusé a compris subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il exposait les intérêts d'autrui au risque de privation. Cepen-

in convicting, must have concluded that the necessary *mens rea* was present. Indeed, it is difficult to see how, on the evidence, he could have concluded otherwise. The cross-examination of the accused shows that, having undertaken an enterprise which amounts to "other fraudulent means" according to the principles set out above, he subjectively appreciated that this enterprise put the pecuniary interest of his creditors at risk. Comments such as the following are typical:

I had a chance to lose but I had a chance to win too, and I believed that my system, [*sic*] I worked on my system, and I can show you the system that I played. The system is [*sic*] a very small possibility to lose, except if the luck is not on your side. And basically it happened that I did lost [*sic*] again.

(C.O.A., at p. 1503. See also pp. 1500, 1504 and 1506-7.)

In short, there is nothing in the evidence which negates the natural inference that when a person gambles with funds in which others have a pecuniary interest he knows that he puts that interest at risk: see *Théroux*, at pp. 18 and 21. On the contrary, the accused expressly acknowledged that he was aware of the risk.

The foregoing establishes the *mens rea*. It is no defence that the accused believed he would win at the casinos and be able to pay his creditors: *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174, *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201, and *Olan*, *supra*.

V — Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and SOPINKA J. *dissenting*.

Solicitors for the appellant: Shadley, Melançon, Boro, Montréal.

Solicitor for the respondent: André Brochu, Montréal.

dant, en prononçant un verdict de culpabilité, le juge du procès doit avoir conclu que la *mens rea* nécessaire était présente. En fait, il est difficile, d'après la preuve, de voir comment il aurait pu conclure autrement. Le contre-interrogatoire de l'accusé montre que, s'étant lancé dans une entreprise équivalant à un «autre moyen dolosif» selon les principes énoncés plus haut, il a subjectivement compris que cette entreprise mettait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers. Des observations comme les suivantes sont typiques:

[TRADUCTION] J'avais une chance de perdre, mais j'en avais aussi une de gagner, et je croyais que ma méthode, j'ai figolé ma méthode, et je puis vous montrer la méthode que j'ai adoptée pour jouer. Elle comporte une très faible possibilité de perdre, sauf si la chance n'est pas de votre côté. Et essentiellement il est arrivé que j'ai encore perdu.

(Dossier, à la p. 1503. Voir aussi les pp. 1500, 1504, 1506 et 1507.)

Bref, il n'y a rien dans la preuve qui écarte la déduction naturelle que la personne qui joue des fonds dans lesquels d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire sait qu'elle met en péril cet intérêt: voir *Théroux*, aux pp. 18 et 21. Au contraire, l'accusé a expressément reconnu qu'il était conscient du risque.

Ce qui précède établit l'existence de la *mens rea*. Le fait que l'accusé ait cru qu'il gagnerait aux casinos et serait en mesure de payer ses créanciers ne constitue pas un moyen de défense: *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174, *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201, et *Olan*, précité.

V — Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et le juge SOPINKA *sont dissidents*.

Procureurs de l'appellant: Shadley, Melançon, Boro, Montréal.

Procureur de l'intimée: André Brochu, Montréal.

Normand Lassonde *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. IMBEAULT

File No.: 23087.

1993: March 29; 1993: April 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Directed verdict — Fraud — Evidence pertaining to all elements of offence which would justify a verdict of guilty if accepted by jury — Directed verdict quashed.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1992), 47 Q.A.C. 146, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jean-René Maranda, for the appellant.

Michel St-Cyr, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—We agree with the Court of Appeal's conclusion that there is admissible evidence pertaining to all the elements of the offence which, if accepted by a jury properly instructed and acting reasonably, would justify a verdict of guilty. Accordingly, the trial judge erred in granting the motion for a directed verdict. The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Jean-René Maranda, Montréal.

Normand Lassonde *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. IMBEAULT

^b N° du greffe: 23087.

1993: 29 mars; 1993: 8 avril.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Verdict imposé — Fraude — Preuve concernant tous les éléments de l'infraction susceptible de justifier un verdict de culpabilité si acceptée par le jury — Verdict imposé annulé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1992), 47 Q.A.C. 146, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jean-René Maranda, pour l'appelant.

Michel St-Cyr, pour l'intimée.

^g Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel qu'il existe une preuve admissible relative à tous les éléments de l'infraction qui, si acceptée par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité. Par conséquent, le juge du procès a erré en accueillant la requête pour verdict dirigé. L'appel est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

^j *Procureur de l'appelant: Jean-René Maranda, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Michel St-Cyr,
Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Michel St-Cyr,
Montréal.*

Constantine Kourtessis and Hellenic Import-Export Co. Ltd. *Appellants*

v.

Minister of National Revenue *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec *Intervenors*

INDEXED AS: KOURTESSIS v. M.N.R.

File No.: 21645.

1992: February 6; 1993: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures — Whether or not search and seizure unreasonable contrary to s. 8 of Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, ss. 231.3, 231.3(7), 239 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Courts — Jurisdiction — Right of appeal — Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to chal-

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Constantine Kourtessis et Hellenic Import-Export Co. Ltd. *Appellants*

c.

Ministre du Revenu national *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: KOURTESSIS c. M.R.N.

N° du greffe: 21645.

1992: 6 février; 1993: 22 avril.

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

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

Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales? — La perquisition et la saisie sont-elles abusives contrairement à l'art. 8 de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, art. 231.3, 231.3(7), 239 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Tribunaux — Compétence — Droit d'appel — Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux docu-

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

lenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures.

Courts — Procedure — Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures.

Officers of Revenue Canada believed that appellants were evading or attempting to evade tax by making false and deceptive statements in income tax returns contrary to s. 239 of the *Income Tax Act (ITA)*. The British Columbia Supreme Court issued warrants to search for and seize documents which could afford evidence of the alleged violations. These warrants were subsequently quashed by another judge of that court. The items that had been seized, however, were not returned and McEachern C.J.S.C. issued a search warrant for the seizure of relevant documents located at the Department's premises, provided that everything seized be sealed and that appellants have thirty days to challenge the warrant.

Appellants instituted proceedings in the British Columbia Supreme Court by way of originating petition challenging the warrant under s. 231.3(7) *ITA*, s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the inherent jurisdiction of the court. The relief sought

ments conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales?

Tribunaux — Procédure — Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales?

Les fonctionnaires de Revenu Canada croyaient que les appelants avaient violé l'art. 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)* en évitant de payer l'impôt ou en tentant de le faire au moyen de déclarations fausses et trompeuses dans leurs déclarations d'impôt sur le revenu. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a décerné des mandats de perquisition et de saisie de documents susceptibles de constituer des éléments de preuve des violations alléguées. Ces mandats ont été par la suite annulés par un autre juge de la même cour. Toutefois, les éléments qui avaient été saisis n'ont pas été restitués aux appelants et le juge en chef McEachern de la Cour suprême a décerné un mandat de perquisition en vue de saisir les documents pertinents situés dans les locaux du Ministère à la condition que tous les documents saisis soient mis sous scellés et que les appelants aient trente jours pour contester le mandat.

Les appelants ont engagé des procédures devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique par voie de requête introductive d'instance dans laquelle ils contestaient le mandat sur le fondement du par. 231.3(7) *LIR*, du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et*

was an order quashing the warrant and the search and seizure executed under it, ordering the return of the material seized, prohibiting its use and ordering its destruction and declaring s. 231.3 *ITA* to be contrary to ss. 7, 8 and 15 of the *Charter*.

The entire application was dismissed by the British Columbia Supreme Court in two judgments—one dealing with non-constitutional issues and one with constitutional issues. On appeal to the Court of Appeal, appellants, unsure whether leave was required, gave both notice of appeal and notice of application for leave to appeal. The Minister brought a motion to quash on the ground that no appeal lay from the British Columbia Supreme Court's judgment. The Court of Appeal allowed the motion to quash, holding that it had no jurisdiction to hear the appeal. It reasoned that the litigation in question was a criminal proceeding subject to Parliament's exclusive jurisdiction to prescribe criminal procedure and no right of appeal could be found in the *ITA* or the *Criminal Code*. The Court of Appeal would in any event have dismissed the appeal on the merits.

The preliminary issue to be decided here was whether the British Columbia Court of Appeal had jurisdiction to entertain the appellants' appeal. The constitutional question before the Court queried whether s. 231.3 *ITA* infringed ss. 7 and 8 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed. Section 231.3 of the *Income Tax Act* infringes s. 8 of the *Charter*.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: Section 231.3 was held to violate s. 8 of the *Charter* in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. The procedural issues, nevertheless, have very important implications for the working of the enforcement provisions of the *ITA* and other federal statutes to which federal criminal procedures apply.

An appeal is not available because no appeal has been provided by the relevant legislative body and courts of appeal have no inherent rights to create appeals. Only superior court judges appointed under s. 96 of the *Constitution Act, 1867* have inherent jurisdiction. The appellants, however, may pursue an action for a declaration,

libertés et de la compétence inhérente de la cour. La réparation demandée était une ordonnance annulant le mandat décerné ainsi que la fouille et la perquisition effectuées sous son régime, enjoignant de restituer les documents saisis, interdisant d'utiliser ces documents et enjoignant de les détruire, et déclarant que l'art. 231.3 *LIR* contrevient aux art. 7, 8 et 15 de la *Charte*.

La demande a été rejetée au complet dans deux jugements de la Cour suprême de la Colombie-Britannique — l'un traitant de questions qui ne sont pas de nature constitutionnelle et l'autre de questions de nature constitutionnelle. Lors d'un appel devant la Cour d'appel, les appelants, qui n'étaient pas certains d'avoir besoin d'une autorisation, ont signifié et un avis d'appel et un avis de demande d'autorisation d'appel. Le Ministre a présenté une requête en annulation pour le motif qu'on ne pouvait pas interjeter appel contre le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel a accueilli la requête en annulation, concluant qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel. Elle a estimé que le litige en question était une instance criminelle assujettie au pouvoir exclusif du Parlement de prescrire la procédure en matière criminelle, et que la *LIR* et le *Code criminel* ne prévoyaient aucun droit d'appel. La Cour d'appel aurait, de toute façon, rejeté l'appel sur le fond.

La question préliminaire à trancher en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait compétence pour instruire l'appel des appelants. La question constitutionnelle dont est saisie la Cour est de savoir si l'art. 231.3 *LIR* contrevient aux art. 7 et 8 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* contrevient à l'art. 8 de la *Charte*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory: Il a été jugé, dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, que l'art. 231.3 contrevient à l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, les questions de procédure ont de très importantes répercussions sur les rouages des dispositions d'application de la *LIR* et d'autres lois fédérales auxquelles s'appliquent les procédures fédérales en matière criminelle.

Il n'existe pas de droit d'appel puisque l'organisme législatif pertinent n'en a prévu aucun et que les cours d'appel ne possèdent aucun droit inhérent de créer des appels. Seuls les juges des cours supérieures nommés en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* possèdent une compétence inhérente. Les appelants peuvent cependant intenter une action en jugement déclaratoire auxquelles les règles de procédure ordinaires en

to which the ordinary rules of procedure in civil actions apply, including provisions for appeal.

Various policy reasons underlie enacting a procedure that limits rights of appeal. Sometimes the opportunity for more opinions does not serve the ends of justice. There should not be unnecessary delay in the final disposition of proceedings, particularly proceedings of a criminal character. This is especially applicable to interlocutory matters which can ultimately be decided at trial. As well, there is the simple value of a final decision to resolve a dispute without the costs, in time, effort and money, of further hearings.

The offence created by s. 239 *ITA* is constitutionally supportable under both Parliament's criminal law power and its taxing power. The procedure to secure its enforcement is that set forth in the *Criminal Code* which notably provides only limited rights of appeal. Section 34(2) of the *Interpretation Act* provides that the provisions of the *Criminal Code* are to apply to offences created by Parliament unless the statute creating the offence provides otherwise. No right of appeal from an order issuing a search warrant is provided in the *Criminal Code*. Section 231.3 *ITA* was enacted for search warrants as contemplated by s. 34(2) of the *Interpretation Act*. It also makes no provision for appeal other than the review process set forth in s. 231.3(7).

Parliament, in the exercise of a federal head of power, may provide procedures for the enforcement of the measures it has enacted. That is a matter within its exclusive competence. Parliament can adopt provincial procedures for that purpose, and such an adoption will be assumed where it is necessary to give effect to a right. When Parliament selects a specific and integrated procedure, however, there is no room for the operation of provincial law. The enforcement provisions of the *ITA* form part of the uniform and integrated procedure for the investigation and prosecution of offences under the Act. No federal adoption was made or can be assumed here. Barring such adoption it is constitutionally unacceptable to read in appeals for other interlocutory proceedings or to adopt other provincial rules of procedure.

The admixture of provincial civil procedure with criminal procedure could result in an unpredictable mish-mash. In dealing with procedure, and particularly

matière civile s'appliquent, y compris les dispositions relatives aux appels.

Diverses raisons de principe militent en faveur de l'adoption d'une procédure qui limite les droits d'appel. Parfois, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de donner la possibilité d'obtenir d'autres opinions. Le règlement final de poursuites, particulièrement celles de nature criminelle ne devrait pas être retardé inutilement. Cela est tout particulièrement applicable aux questions interlocutoires qui peuvent finalement être tranchées au procès. De même, il y a la simple utilité d'en arriver à une décision finale sans les coûts que comporte la tenue d'autres auditions, sur les plans du temps, des efforts et de l'argent.

L'infraction créée à l'art. 239 *LIR* est constitutionnellement justifiable à la fois par la compétence du fédéral en matière de droit criminel et par son pouvoir de taxation. La procédure visant à garantir sa mise en œuvre est celle énoncée dans le *Code criminel* qui notamment prévoit seulement des droits d'appel limités. L'article 34(2) de la *Loi d'interprétation* prévoit que les dispositions du *Code criminel* s'appliquent aux infractions créées par le Parlement, sauf disposition contraire du texte créant l'infraction. Le *Code criminel* ne prévoit aucun droit d'appel contre une ordonnance décernant un mandat de perquisition. L'article 231.3 *LIR* a été adopté relativement aux mandats de perquisition, comme le prévoit le par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*. De plus, il ne prévoit pas de mécanisme d'appel autre que le processus d'examen énoncé au par. 231.3(7).

Le Parlement peut, dans l'exercice d'un chef de compétence fédérale, établir des procédures pour appliquer les mesures qu'il a adoptées. C'est une question qui relève de sa compétence exclusive. Le Parlement peut, à cette fin, faire appel aux procédures provinciales et on supposera qu'il l'a fait lorsqu'il est nécessaire de mettre à exécution un droit. Toutefois, lorsque le Parlement choisit une procédure particulière et intégrée, le droit provincial ne peut pas s'appliquer. Les dispositions d'application de la *LIR* font partie de la procédure uniforme et intégrée applicable aux enquêtes et aux poursuites en vertu de la Loi. En l'espèce, le fédéral n'a adopté aucune mesure et on ne peut le présumer. Sauf adoption par le fédéral, il est inacceptable sur le plan constitutionnel d'introduire des appels relatifs à d'autres procédures interlocutoires ou d'adopter d'autres règles de procédure provinciales.

Le mélange de procédure civile provinciale et de procédure criminelle pourrait engendrer un méli-mélo imprévisible. En matière de procédure, et plus particu-

criminal procedure, it is important to know the precise steps to be pursued. Parliament accordingly adopted a comprehensive procedure under the *Criminal Code* and adopted that procedure for the enforcement of penal provisions in other statutes, including the *ITA*.

A number of pre-trial remedies are available to a person who has been the subject of a search. Section 231.3(7) provides for review and the *Criminal Code* makes provision for a speedy application for the return of seized goods. If the matter should proceed to trial, the accused may attack the search warrant in any way he considers appropriate, including the allegation that it infringes the provisions of s. 8 of the *Charter*. If the matter should not go to trial, a party may still seek civil damages for compensation.

The general right of appeal set forth in the *Federal Court Act* should not be assumed to apply to a proceeding provided in a separate statute that is a mere adjunct to a general system of criminal procedure where appeals of this nature are not provided. Parliament arguably did not intend by this minor grant of jurisdiction to the Federal Court (in what is for it an untypical jurisdiction) to have had in contemplation the general right of appeal devised for quite different types of proceedings. There may, in other words, be no anomaly at all.

The declaration does not constitute a review of a decision taken in a criminal proceeding because it merely states the law without changing anything. It should not be widely used as a separate collateral procedure to, in effect, create an automatic right of appeal where Parliament has, for sound policy reasons, refused to do so. Another procedure need not be provided as long as a reasonably effective procedure exists. A reasonably effective procedure has not been provided here, however. Section 231.3(7) and other procedures afford a measure of protection to the appellants but do not provide an adequate statutory provision for constitutional review of a search warrant.

Where a search is being conducted at the pre-trial stage, there is no trial judge and unlike the situation after the charge, no express *Charter* guarantee that proceedings must take place within a reasonable time. An

lièrement en matière de procédure criminelle, il importe de connaître exactement ce qui devrait être fait ensuite. C'est pourquoi le Parlement a adopté une procédure complète en vertu du *Code criminel* et a adopté cette procédure aux fins d'appliquer les dispositions pénales qui figurent dans d'autres lois, dont la *LIR*.

Il existe un certain nombre de recours préalables au procès dont peut bénéficier une personne qui a fait l'objet d'une perquisition. Le paragraphe 231.3(7) établit un processus d'examen et le *Code criminel* prévoit une demande rapide de restitution des biens saisis. Si l'affaire doit donner lieu à un procès, l'accusé peut alors contester le mandat de perquisition de la manière qu'il juge convenable, notamment en alléguant qu'il viole les dispositions de l'art. 8 de la *Charte*. Si l'affaire ne doit pas donner lieu à un procès, une partie peut toujours chercher à obtenir des dommages-intérêts civils à titre de réparation.

Il n'y a pas lieu de supposer que le droit général d'appel énoncé dans la *Loi sur la Cour fédérale* s'applique à une procédure prévue dans une loi distincte qui vient simplement compléter le régime général de procédure criminelle, dans lequel les appels de cette nature ne sont pas prévus. On peut soutenir que le Parlement n'a pas, par cette attribution mineure de compétence à la Cour fédérale (qui constitue pour elle une compétence inhabituelle), envisagé d'accorder le droit général d'appel conçu pour des types tout à fait différents de poursuites. En d'autres termes, il se peut qu'il n'y ait aucune anomalie.

Le jugement déclaratoire ne constitue pas un contrôle d'une décision prise dans le cadre de poursuites criminelles parce qu'il énonce simplement le droit applicable sans rien changer. Il ne devrait pas être généralement utilisé comme procédure incidente distincte pour en fait créer un droit d'appel automatique dans les cas où le Parlement a, pour des raisons de principe valables, refusé de le faire. Il n'est pas nécessaire d'établir une autre procédure dans la mesure où il existe une procédure raisonnablement efficace. Toutefois, une telle procédure n'a pas été établie en l'espèce. Le paragraphe 231.3(7) et d'autres procédures offrent aux appellants une certaine protection mais ne prescrivent pas de disposition législative appropriée qui permette d'examiner la constitutionnalité d'un mandat de perquisition.

Dans le cas où une perquisition est effectuée à l'étape préalable au procès, il n'y a pas de juge du procès et, contrairement à la situation qui existe après qu'une accusation est portée, il n'existe aucune garantie expli-

investigation can go on indefinitely in continuing breach (if the search provisions are unconstitutional) of the appellants' *Charter* rights for an extensive period. The property of the individual subject to the search may remain in the custody of the state for a protracted period in violation of *Charter* norms.

The power to issue a search warrant under the *ITA* is vested in a superior court judge and at common law a decision of a superior court judge cannot be the subject of collateral attack. The judge issuing the warrant is not in a position to review for constitutionality at an *ex parte* hearing, and may not have the jurisdiction to do so on a later review of the *ex parte* order. An action for a declaration would not be barred, even if on later review the judge is competent to review the warrant and the empowering legislation on the basis of constitutionality, because that remedy would not provide sufficient constitutional protection.

The appellants should be permitted to pursue an action for a declaration. Since the action for a declaration is a discretionary remedy, however, the judge, in the exercise of his or her discretion, should consider the specific circumstances presented and refuse to entertain the action if satisfied that criminal proceedings against the accused would be initiated within a reasonable time. This would avoid the overlap and delay that have been among the major informing considerations in devising the rules for the governance of the discretion to allow or not to allow an action for a declaration to proceed.

A declaration should issue declaring s. 231.3 *ITA* and the search warrant issued thereunder to be of no force or effect. The appellants, in light of that declaration, are also entitled to the return of their documents and other property and all copies and notes thereof.

While an action for a declaration is an appropriate remedy at this stage of the proceedings, *certiorari* generally appears to be a more suitable instrument for reviewing the constitutionality of the action, and the possibility that it might have issued in this case should be left open. At common law *certiorari* does not lie against a decision of a superior court judge, but what is alleged here is a breach of a constitutional right which

cite dans la *Charte* que les poursuites seront engagées dans un délai raisonnable. Une enquête peut se poursuivre indéfiniment en violation (à supposer que les dispositions en matière de perquisition soient inconstitutionnelles) des droits garantis aux appelants par la *Charte*. Les biens de la personne qui a fait l'objet de la perquisition peuvent demeurer sous la garde de l'État pendant une très longue période contrairement aux normes de la *Charte*.

C'est un juge de cour supérieure qui a le pouvoir de décerner un mandat de perquisition en vertu de la *LIR* et, en common law, la décision d'un tel juge ne saurait être attaquée indirectement. Le juge appelé à décerner le mandat n'est pas en mesure de procéder à un examen de la constitutionnalité lors d'une audience *ex parte* et peut ne pas avoir compétence pour le faire au cours d'un examen ultérieur de l'ordonnance *ex parte*. Il n'y aurait pas lieu d'interdire une action en jugement déclaratoire même si, à l'occasion d'un examen ultérieur, un juge est compétent pour examiner la constitutionnalité du mandat et de la mesure législative habilitante parce que la réparation ne fournirait pas une protection constitutionnelle suffisante.

Il y a lieu de permettre aux appelants d'intenter une action en jugement déclaratoire. Toutefois, puisque cette action est un recours discrétionnaire, il faudrait que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, un juge examine les circonstances particulières présentées et refuse d'instruire l'action s'il est convaincu que les procédures criminelles contre l'accusé seront intentées dans un délai raisonnable. Cela permettrait d'éviter le chevauchement et les retards qui ont été les principaux facteurs sous-jacents dont on a tenu compte en établissant les règles régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de permettre ou de refuser une action en jugement déclaratoire.

Il y a lieu de déclarer inopérants l'art. 231.3 *LIR* et le mandat de perquisition décerné sous son régime. Compte tenu de ce jugement déclaratoire, les appelants ont aussi droit à la restitution de leurs documents et autres biens, ainsi que de toutes les copies et notes tirées de ceux-ci.

Même si, à ce stade des procédures, une action en jugement déclaratoire est convenable, le bref de *certiorari* semble généralement constituer un meilleur instrument pour examiner la constitutionnalité de l'action et il n'y a pas lieu d'écarter l'idée qu'un bref de *certiorari* aurait pu être délivré en l'espèce. En common law, un bref de *certiorari* ne peut être délivré à l'encontre de la décision d'un juge de cour supérieure. Cependant, ce

may call for an adaptation of the inherent powers of a superior court to make the procedure conform to constitutional norms. If *certiorari* might have issued, there would appear to be little use for the declaratory action in this context.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons of La Forest J. were joined given that the majority decision in *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, applied.

Per Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ.: Section 231.3 *ITA* violates the reasonable search guarantee found in s. 8 of the *Charter* for the reasons given in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416.

The offence and search warrant provisions of the *ITA* are referable to both the federal criminal law and taxation power, and jurisdiction to legislate procedure in matters relating to these provisions is shared between the provinces and the federal government, subject to federal paramountcy in the event of conflict between federal and provincial legislation. Parliament is free to assign jurisdiction to any tribunal it chooses, whatever the source of its legislative power. If federal legislation is silent, the ordinary rule is that a litigant suing on a federal matter in a provincial court takes the procedure of that court as he or she finds it. This does not mean that provincial legislation does not apply unless "adopted" by federal legislation. The authorities make it clear that a province has legislative authority to adjudicate federal matters and that such legislation is only ousted if it conflicts with federal legislation. The fact that there is alleged to be a comprehensive procedure contained in federal legislation is only relevant to determine whether provincial legislation is ousted because it conflicts with federal legislation. It is not ousted in relation to declaratory relief, which includes the right of appeal conferred by provincial legislation, and should also extend to ancillary relief which enables the court to give effect to the declaration.

Knox Contracting Ltd. v. Canada, [1990] 2 S.C.R. 338, should be distinguished so as not to foreclose an

qu'on allègue ici est la violation d'un droit constitutionnel qui peut exiger une adaptation des pouvoirs inhérents d'une cour supérieure de rendre la procédure conforme aux normes constitutionnelles. Si un bref de *certiorari* pouvait être décerné, l'action en jugement déclaratoire semblerait peu utile dans ce contexte.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs du juge La Forest sont acceptés compte tenu de la décision majoritaire dans l'arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338.

Les juges Sopinka, McLachlin et Iacobucci. L'article 231.3 *LIR* viole la garantie en matière de fouilles et de perquisitions raisonnables que l'on trouve à l'art. 8 de la *Charte* pour les motifs exposés dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416.

Les dispositions de la *LIR* en matière d'infractions et de mandats de perquisition peuvent relever à la fois de la compétence fédérale en matière de droit criminel et de sa compétence en matière de taxation, et la compétence pour établir la procédure à suivre dans des matières relatives à ces dispositions est partagée entre les provinces et le gouvernement fédéral, sous réserve de la prépondérance fédérale en cas de conflit entre les lois fédérales et provinciales. Le Parlement est libre d'attribuer la compétence au tribunal de son choix, quelle que soit la source de son pouvoir législatif. Si la mesure législative fédérale ne prévoit rien, la règle ordinaire est que la partie qui engage, devant un tribunal provincial, des poursuites relatives à une matière fédérale adopte la procédure existante de ce tribunal. Cela ne signifie pas que la mesure législative provinciale ne s'applique pas à moins d'être «adoptée» au moyen d'une mesure législative fédérale. Il ressort clairement de la doctrine et de la jurisprudence qu'une province a le pouvoir législatif de traiter les questions qui relèvent de la compétence fédérale et que de telles mesures législatives ne sont écartées que si elles contredisent une mesure législative fédérale. Le fait qu'on allègue l'existence d'une procédure détaillée dans une mesure législative fédérale n'est pertinent que pour déterminer si une mesure législative provinciale est écartée parce qu'elle contredit une mesure législative fédérale. Elle n'est pas écartée en ce qui concerne le recours sous forme d'action en jugement déclaratoire, qui comprend le droit d'appel conféré par la mesure législative provinciale, et elle devrait également viser le recours accessoire qui permet à la cour de mettre à exécution le jugement déclaratoire.

Il y a lieu d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, de

appeal in proceedings relating to a declaration that the statute authorizing a search warrant violates the Constitution, coupled with an application to set aside the search warrant. These two remedies can be exercised, in combination, prior to the laying of charges, and the result of such exercise may be appealed.

An application under s. 231.3(7) would be a wholly inappropriate proceeding to test the constitutional validity of the provision under which the seizure is made. It applies only if the judge is satisfied that the documents seized are not needed for an investigation or prosecution or were not seized in accordance with the warrant. Section 231.3(7) can only be resorted to if both the warrant and the statutory provision under which the warrant was issued are valid. Not only is subs. (7) not an appropriate forum with respect to a constitutional challenge of the search and seizure provision, but a judge would also not have jurisdiction to deal with such a challenge upon a plain reading of the words of the subsection.

In the alternative, *Knox Contracting* can be distinguished on the basis that the procedure relating to proceedings for declaratory relief on constitutional grounds cannot be characterized as criminal law so as to exclude a right of appeal. In *Knox Contracting* the proceeding taken was a motion to quash. There was no constitutional challenge to legislation in that case. Here, the proceeding taken was not simply to quash the warrant but an action for a declaration that s. 231.3 was invalid on constitutional grounds. A motion to quash, when not combined with an action for declaratory relief, may take its character for the purpose of division of powers from the underlying proceeding which it attacked. On the other hand, an action for a declaration as to the constitutional validity of a statute does not necessarily partake of the character of the statute which is attacked. It has a life of its own.

An action to declare a statutory provision unconstitutional is not transformed from a civil remedy to a criminal remedy merely because the declaration relates to a criminal statutory provision. It cannot be used as a substitute for an application to the trial judge in a criminal case in order to acquire a right of appeal. By virtue of s. 24(1) of the *Charter*, there are some proceedings available to an accused in the context of a criminal case in respect to issues that could be the subject of an action

manière à ne pas empêcher un appel dans des procédures relatives à un jugement déclarant que la loi qui autorise un mandat de perquisition viole la Constitution, assorti d'une demande d'annulation du mandat de perquisition. Ces deux recours peuvent être exercés conjointement avant le dépôt des accusations et le résultat de cet exercice peut faire l'objet d'un appel.

Une demande fondée sur le par. 231.3(7) ne constituerait absolument pas une procédure appropriée pour vérifier la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle la saisie est effectuée. Il ne s'applique que si le juge est convaincu que les documents saisis ne seront pas nécessaires pour une enquête ou pour une poursuite, ou qu'ils n'ont pas été saisis conformément au mandat. On ne peut recourir au par. 231.3(7) que si le mandat et la disposition législative en vertu de laquelle le mandat a été décerné sont valides. Non seulement le par. (7) ne constitue-t-il pas un fondement convenable pour une contestation constitutionnelle de la disposition relative aux perquisitions et aux saisies, mais encore un juge n'aurait pas compétence pour entendre une telle contestation selon une interprétation ordinaire du texte du paragraphe.

Subsidiairement, une distinction d'avec l'arrêt *Knox Contracting* peut être établie pour le motif que la procédure relative à l'action en jugement déclaratoire fondée sur des moyens constitutionnels ne peut être qualifiée de droit criminel de manière à exclure un droit d'appel. Dans *Knox Contracting*, la procédure visée était une requête en annulation. La mesure législative n'y était pas contestée du point de vue constitutionnel. En l'espèce, la procédure ne vise pas simplement l'annulation du mandat mais vise à obtenir un jugement déclarant que l'art. 231.3 est invalide pour des motifs de nature constitutionnelle. La nature d'une requête en annulation qui n'est pas conjuguée à une action en jugement déclaratoire peut découler, aux fins du partage des compétences, de la procédure sous-jacente qu'elle conteste. Par ailleurs, une action visant à obtenir un jugement déclaratoire relativement à la constitutionnalité d'une loi ne partage pas nécessairement la nature de la loi contestée. Elle existe par elle-même.

L'action en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'une disposition est inconstitutionnelle ne se métamorphose pas d'un recours civil en un recours criminel simplement parce que le jugement déclaratoire vise une disposition législative criminelle. On ne peut y recourir au lieu de présenter au juge du procès, dans une affaire criminelle, une demande visant à acquérir un droit d'appel. En vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un accusé peut avoir recours à certaines procédures dans le contexte

for a declaration. The superior courts have jurisdiction to entertain such applications even if the superior court to which the application is made is not the trial court. However, a superior court has a discretion to refuse to do so unless, in the opinion of the superior court, given the nature of the violation and the need for a timely review, it is better suited than the trial court to deal with the matter. The superior court would therefore have jurisdiction to entertain an action for a declaration seeking this kind of relief but subject to the same discretion to refuse to exercise it. The court is justified in refusing to entertain the action if there is another procedure available in which more effective relief can be obtained or the court decides that the legislature intended that the other procedure should be followed.

As a general rule, the court should exercise its discretion to refuse to entertain declaratory relief when such relief is sought as a substitute for obtaining a ruling in a criminal case. This will be the apt characterization of any declaration which is sought with respect to relief that could be obtained from a trial court which has been ascertained. The same considerations apply before a trial court has been ascertained if the relief sought will determine some issue in pending criminal proceedings and does not have as a substantial purpose vindication of an independent civil right. In such circumstances, the mere fact that relief was sought in the guise of an action for a declaration would not confer a right of appeal from the refusal to entertain the action.

No issue was raised here in respect of the British Columbia Supreme Court's jurisdiction or in respect of the exercise of its discretion to entertain the appellants' application by way of originating petition. There was no trial court because no charge was laid. The attack on the validity of the statutory provision authorizing the search, while it would affect the admissibility at trial of the things seized, was also vital to the taxpayers' civil interests. The search warrant would not only authorize a trespass but also seizure of personal property. The petition for a declaration was therefore properly entertained under the British Columbia rules of procedure. Those rules which clearly applied at first instance should also apply to permit an appeal here. If Parliament did not intend to exclude a petition for a declaration under pro-

d'une affaire criminelle relativement à des questions qui pourraient faire l'objet d'une action visant à obtenir un jugement déclaratoire. Les cours supérieures ont compétence pour entendre de telles demandes même si la cour supérieure à qui la demande est présentée n'est pas le tribunal de première instance. Toutefois, une cour supérieure a le pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire, à moins qu'à son avis, compte tenu de la nature de la violation et de la nécessité d'un examen dans les plus brefs délais, elle soit plus apte que le tribunal de première instance pour traiter l'affaire. Par conséquent, la cour supérieure serait compétente pour entendre une action visant à obtenir un jugement déclaratoire accordant ce genre de redressement, mais sous réserve du même pouvoir discrétionnaire de refuser de l'exercer. La cour est justifiée de refuser d'entendre l'action s'il est possible de recourir à une autre procédure permettant d'obtenir un redressement plus efficace ou si la cour décide que le législateur voulait que l'autre procédure soit suivie.

En règle générale, la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre l'action en jugement déclaratoire lorsqu'on cherche à obtenir un jugement déclaratoire au lieu d'une décision dans une affaire criminelle. Il s'agit de la bonne qualification de tout jugement déclaratoire qui est demandé relativement au redressement qui pourrait être obtenu d'un tribunal de première instance déterminé. Les mêmes considérations s'appliquent avant qu'un tribunal de première instance soit déterminé si le redressement demandé réglerait une question qui a été soulevée dans des procédures criminelles en cours et qui n'a pas essentiellement pour but de revendiquer un droit civil indépendant. Dans de telles circonstances, le simple fait que le redressement ait été demandé sous forme d'action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire ne confère pas un droit d'appel contre le refus d'entendre l'action.

En l'espèce, aucune question n'a été soulevée relativement à la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni en ce qui a trait à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'entendre la demande des appelants par voie de requête introductive d'instance. Aucun tribunal de première instance n'était visé parce qu'aucune accusation n'avait été portée. Même si la contestation de la validité de la disposition législative autorisant la perquisition avait un effet sur l'admissibilité, au procès, des choses saisies, elle était également essentielle aux droits civils du contribuable. Le mandat de perquisition autoriserait non seulement une intrusion mais également la saisie de biens personnels. La demande de jugement déclaratoire a donc été entendue à bon droit selon les règles de procédure de la Colombie-

vincial rules, it cannot have intended to exclude an appeal pursuant to the same rules.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; **followed:** *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; **referred to:** *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87; *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] S.C.R. 600; *Ministre du Revenu National v. Lafleur*, [1964] S.C.R. 412, 46 D.L.R. (2d) 439; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Goldman v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 488; *Adler v. Adler*, [1966] 1 O.R. 732; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412; *Taylor v. Attorney-General* (1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164; *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 11; *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147.

By L'Heureux-Dubé J.

Followed: *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338.

By Sopinka J.

Applied: *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; **distinguished:** *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990]

Britannique. Ces règles qui s'appliquaient clairement en première instance devraient également s'appliquer pour autoriser un appel en l'espèce. Si le Parlement n'a pas voulu exclure une requête visant à obtenir un jugement déclaratoire aux termes des règles provinciales, il ne peut avoir eu l'intention d'exclure un appel conformément aux mêmes règles.

Jurisprudence

^b Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; **arrêt suivi:** *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; **arrêts mentionnés:** *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Attorney-General for Alberta c. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87; *Attorney General of Quebec c. Attorney General of Canada*, [1945] R.C.S. 600; *Ministre du Revenu national c. Lafleur*, [1964] R.C.S. 412; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Goldman c. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 488; *Adler c. Adler*, [1966] 1 O.R. 732; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412; *Taylor c. Attorney-General* (1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164; *Guaranty Trust Co. of New York c. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536; *Dyson c. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 11; *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147.

ⁱ Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt suivi: *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338.

Citée par le juge Sopinka

^j **Arrêt appliqué:** *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; **distinction d'avec l'arrêt:** *Knox Contracting Ltd.*

2 S.C.R. 338; **disapproved:** *Kohli v. Moase* (1988), 55 D.L.R. (4th) 737; **referred to:** *Goldman v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 488; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Trimarchi* (1987), 63 O.R. (2d) 515 (C.A.), leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xiv; *Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Morgentaler* (1984), 16 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] S.C.R. 652; *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94; *Adler v. Adler*, [1966] 1 O.R. 732; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *Shumiatcher v. Attorney-General of Saskatchewan (No. 2)* (1960), 34 C.R. 154; *R. v. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Rules of Court, Rule 5(22).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 15, 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(3), (27), 96.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, c. 7, ss. 6(1)(a), 6.1(2) [ad. 1985, c. 51, s. 12].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 68], 490 [rep. & sub. *idem*, s. 73], 674, 813 [am. *idem*, s. 180; 1991, c. 43, s. 9 (item 12)].
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 [am. c. 30 (2nd Suppl.), s. 61; rep. & sub. 1990, c. 8, s. 8; am. 1992, c. 26, s. 17, c. 49, s. 128].
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231 "judge" [rep. & sub. 1986, c. 6, s. 121], 231.3 [*idem*], (1), (7), 239 [am. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2(17)].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 34(2).

c. Canada, [1990] 2 R.C.S. 338; **arrêt critiqué:** *Kohli c. Moase* (1988), 55 D.L.R. (4th) 737; **arrêts mentionnés:** *Goldman c. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 488; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *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. Trimarchi* (1987), 63 O.R. (2d) 515 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xiv; *Attorney-General for Alberta c. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Morgentaler* (1984), 16 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *City of Lethbridge c. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] R.C.S. 652; *Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94; *Adler c. Adler*, [1966] 1 O.R. 732; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *Shumiatcher c. Attorney-General of Saskatchewan (No. 2)* (1960), 34 C.R. 154; *R. c. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206.

Lois et règlements cités

British Columbia Rules of Court, art. 5(22).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 15, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 68], 490 [abr. & rempl. *idem*, art. 73], 674, 813 [mod. *idem*, art. 180; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 12)].
Court of Appeal Act, S.B.C. 1982, ch. 7, art. 6(1)(a), 6.1(2) [aj. 1985, ch. 51, art. 12].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(3), (27), 96.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231 «juge» [abr. & rempl. 1986, ch. 6, art. 121], 231.3 [*idem*], (1), (7), 239 [mod. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58 (ann. art. 2(17))].
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 34(2).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 [mod. ch. 30 (2^e suppl.), art. 61; abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 8; mod. 1992, ch. 26, art. 17, ch. 49, art. 128].

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 3; 1990, c. 8, s. 37].

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 3; 1990, ch. 8, art. 37].

Authors Cited

Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed. Cleveland: Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented), vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.

Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*. London: Stevens & Sons Ltd., 1962.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 1 W.W.R. 97, 50 C.C.C. (3d) 201, 72 C.R. (3d) 196, 89 D.T.C. 5464, [1990] 1 C.T.C. 241, dismissing an appeal from a judgment of Lysyk J. (constitutional issues) (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342, [1989] 1 W.W.R. 508, 44 C.C.C. (3d) 79, 89 D.T.C. 5214, [1989] 1 C.T.C. 56, and from a judgment of McKenzie J. (non-constitutional issues) (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 200, 36 C.C.C. (3d) 304, following the issuance of a search warrant by McEachern C.J.S.C. Appeal allowed. Section 231.3 of the *Income Tax Act* infringes s. 8 of the *Charter*.

Guy Du Pont, Basile Angelopoulos and Ariane Bourque, for the appellants.

John R. Power, Q.C., Pierre Loiselle, Q.C., and Robert Frater, for the respondent.

Janet E. Minor and Tanya Lee, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Yves Ouellette, Judith Kucharsky and Diane Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

a Doctrine citée

Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed. Cleveland: Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941.

b Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented), vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.

c Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*. London: Stevens & Sons Ltd., 1962.

d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 1 W.W.R. 97, 50 C.C.C. (3d) 201, 72 C.R. (3d) 196, 89 D.T.C. 5464, [1990] 1 C.T.C. 241, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Lysyk (questions de nature constitutionnelle) (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342, [1989] 1 W.W.R. 508, 44 C.C.C. (3d) 79, 89 D.T.C. 5214, [1989] 1 C.T.C. 56, et contre un jugement du juge McKenzie (questions de nature non constitutionnelle) (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 200, 36 C.C.C. (3d) 304, à la suite de la délivrance d'un mandat de perquisition du juge en chef McEachern de la Cour suprême. Pourvoi accueilli. L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* contrevient à l'art. 8 de la *Charte*.

e *Guy Du Pont, Basile Angelopoulos et Ariane Bourque*, pour les appelants.

f *John R. Power, c.r., Pierre Loiselle, c.r., et Robert Frater*, pour l'intimé.

g *Janet E. Minor et Tanya Lee*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

i *Yves Ouellette, Judith Kucharsky et Diane Bouchard*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The substantive question to be resolved in this appeal, i.e., whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, as amended by S.C. 1986, c. 6, violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, has already been determined in favour of the appellants. In *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, it was held that the section does violate the *Charter* and so was of no force or effect. It is to be expected that the law enforcement and judicial authorities in the present case will act accordingly, whatever the result of this appeal may be. But, two broad procedural issues have very important implications for the workings of the enforcement provisions of the *Income Tax Act* and other federal statutes to which federal criminal procedures apply.

The first of these procedural issues concerns the extent to which procedures enacted by a province to govern civil procedure in the province can be engrafted on procedures of a criminal nature enacted by Parliament. Specifically, may provincial procedures be used to review the issuance of a search warrant under s. 231.3 of the *Income Tax Act*? Ultimately, the issue involves the constitutional power of the province to legislate respecting the matter.

The second of these issues is whether the inherent powers of a superior court can be used, by way of a declaratory judgment, to grant the appellants an appropriate remedy.

With respect to the first of the procedural issues just described, I do not think an appeal can be mounted against an order made in the course of proceedings under the *Income Tax Act* by resort to provincial procedures for appeals. Simply put, I do not believe that such an appeal is available because no appeal has been provided by the relevant legislative body, the federal Parliament, as was recently decided by this Court in *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338. And courts of

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question de fond en l'espèce, celle de savoir si l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, contrevient à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a déjà été tranchée en faveur des appelants. Dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, on a décidé que cet article contrevenait à la *Charte* et qu'il était donc inopérant. Il faut s'attendre à ce que les autorités chargées d'appliquer la loi et les autorités judiciaires, dans la présente affaire, agissent en conséquence, quelle que puisse être l'issue de ce pourvoi. Toutefois, deux grandes questions de procédure ont de très importantes répercussions sur les rouages des dispositions d'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et d'autres lois fédérales auxquelles s'appliquent les procédures fédérales en matière criminelle.

La première de ces questions de procédure concerne la mesure dans laquelle les procédures adoptées par une province en matière de procédure civile peuvent se greffer aux procédures de nature criminelle adoptées par le Parlement. Plus précisément, les procédures provinciales peuvent-elles servir à contrôler la délivrance d'un mandat de perquisition fondée sur l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? La question porte en fin de compte sur le pouvoir constitutionnel d'une province de légiférer en la matière.

La deuxième question est de savoir si les pouvoirs inhérents d'une cour supérieure peuvent servir à accorder aux appelants une réparation convenable, par voie de jugement déclaratoire.

En ce qui concerne la première des questions de procédure que je viens de décrire, je ne crois pas qu'on puisse recourir à la procédure provinciale en matière d'appel pour en appeler d'une ordonnance rendue dans le cadre de procédures fondées sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Tout simplement, je ne crois pas qu'il existe un tel droit d'appel parce que, comme notre Cour l'a récemment décidé dans l'arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, l'organisme législatif pertinent, le

appeal have no inherent rights to create appeals. Only superior court judges appointed under s. 96 of the *Constitution Act, 1867* have inherent jurisdiction.

Turning to the second procedural issue, however, I am of the view that the appellants may pursue an action for a declaration in the provincial court. That being so, the ordinary rules of procedure in civil actions apply, including provisions for appeal.

Finally, I shall add some comments about the possibility of a better remedy in this type of case.

Facts

The facts and lower court judgments are summarized in the judgment of McKenzie J. in the non-constitutional review hearing (reported at (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 200, 36 C.C.C. (3d) 304), and in the judgment of Justice Sopinka. For clarity, however, I shall repeat the facts most directly in issue.

Following an investigation, officers of Revenue Canada formed the belief that the appellants were evading or attempting to evade the payment of taxes by making false and deceptive statements in income tax returns for the years 1979 to 1984 contrary to s. 239 of the *Income Tax Act*. They, therefore, sought to obtain search warrants pursuant to s. 231.3 of the Act and such warrants were issued by Callaghan J. on October 22, 1986. These warrants were, however, subsequently quashed by Proudfoot J. of the same court. The items seized under these warrants had not been returned to the appellants, however, when McEachern C.J.S.C. (now C.J.B.C.) issued the search warrant challenged in this appeal for the seizure of the documents located in the Department's premises, subject to the conditions that every item seized would

Parlement fédéral, n'en a prévu aucun. De plus, les cours d'appel ne possèdent aucun droit inhérent de créer des appels. Seuls les juges de cours supérieures nommés en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* possèdent une compétence inhérente.

Cependant, en ce qui concerne la deuxième question de procédure, je suis d'avis que les appellants peuvent intenter une action en jugement déclaratoire devant la cour provinciale. Cela étant, les règles de procédure ordinaires en matière civile s'appliquent, y compris les dispositions relatives aux appels.

Enfin, je vais ajouter certaines observations sur la possibilité de disposer d'un meilleur recours dans ce genre de cas.

Les faits

Les faits et les décisions des tribunaux d'instance inférieure sont résumés dans les motifs de jugement que le juge McKenzie a rendus à la suite de l'audition des moyens qui n'étaient pas de nature constitutionnelle (publié à (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 200, 36 C.C.C. (3d) 304), et dans ceux du juge Sopinka. Toutefois, par souci de clarté, je reprendrai les faits les plus directement en cause.

À la suite d'une enquête, les fonctionnaires de Revenu Canada sont arrivés à la conclusion que les appelants avaient violé l'art. 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en évitant de payer l'impôt ou en tentant de le faire au moyen de déclarations fausses et trompeuses dans leurs déclarations d'impôt sur le revenu relatives aux années 1979 à 1984. Ils ont donc cherché à obtenir des mandats de perquisition conformément à l'art. 231.3 de la Loi. Ces mandats, décernés par le juge Callaghan le 22 octobre 1986, ont été par la suite annulés par le juge Proudfoot de la même cour. Les documents saisis en exécution de ces mandats n'avaient toutefois pas été restitués aux appelants lorsque le juge en chef McEachern de la Cour suprême (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique) a décerné le mandat de perquisition contesté en l'es-

be sealed and the appellants would have 30 days to challenge the warrant.

Within that period, the appellants instituted proceedings by way of originating petition seeking an order quashing the warrant and the search and seizure, declaring s. 231.3 of no force or effect as violating ss. 7, 8 and 15 of the *Charter*, the return of the items seized along with the summaries, notes and outlines of these items, and prohibiting the Department from using any of this information and the destruction of any copies not returned. In seeking these remedies, the appellants resorted to a variegated *mélange* of procedures. They first invoked s. 231.3(7) of the *Income Tax Act*, which provides its own review of search warrants under which a judge may order the return of any item seized if the judge is satisfied that they are not needed for a criminal investigation or were not seized in accordance with the warrant or the section. They then invoked the provincial *Rules of Court*, s. 24 of the *Charter* as well as the inherent jurisdiction of the court. The constitutional and non-constitutional attacks were heard separately by Lysyk J. (reported at (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342, [1989] 1 W.W.R. 508, 44 C.C.C. (3d) 79, [1989] 1 C.T.C. 56, 89 D.T.C. 5214) and McKenzie J., respectively. Both failed.

I note in passing that both in the procedures they invoked and the remedies they sought, the appellants make no distinction between those that may broadly be described as criminal, and those that may be described as civil in character. This admixture of federal and provincial procedure would seem to be at best irregular, and has been a source of considerable confusion. However, in their factum, the appellants advised us that no objection to the manner in which declaratory relief was sought was raised by the respondent or in the courts below. Under these circumstances, I think it best at

pèce en vue de saisir les documents situés dans les locaux du Ministère à la condition que tous les documents saisis soient mis sous scellés et que les appelants aient 30 jours pour contester le mandat.

Au cours de ce délai, les appelants ont engagé des procédures par voie de requête introductive d'instance dans laquelle ils demandaient une ordonnance annulant le mandat décerné et la perquisition et la saisie effectuées, déclarant que l'art. 231.3 est inopérant parce qu'il contrevient aux art. 7, 8 et 15 de la *Charte*, enjoignant de restituer les documents saisis ainsi que tous les résumés, notes et schémas tirés de ces documents, interdisant au Ministère d'utiliser l'un ou l'autre de ces renseignements et enjoignant de détruire les copies non restituées. Pour demander ces réparations, les appelants ont eu recours à un mélange disparate de procédures. Ils ont d'abord invoqué le par. 231.3(7) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui établit son propre processus d'examen des mandats de perquisition, en vertu duquel un juge peut ordonner la restitution de choses saisies s'il est convaincu qu'elles ne sont pas nécessaires à une enquête criminelle ou qu'elles n'ont pas été saisies conformément au mandat ou à cet article. Ils ont ensuite invoqué les *Rules of Court* de la province, l'art. 24 de la *Charte* ainsi que la compétence inhérente de la cour. L'attaque fondée sur la Constitution a été entendue par le juge Lysyk (publié à (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342, [1989] 1 W.W.R. 508, 44 C.C.C. (3d) 79, [1989] 1 C.T.C. 56, 89 D.T.C. 5214), tandis que celle non fondée sur la Constitution a été entendue par le juge McKenzie. Les deux attaques ont échoué.

Je souligne en passant que, tant en ce qui concerne les procédures qu'ils ont invoquées qu'en ce qui concerne les réparations qu'ils ont demandées, les appelants n'ont fait aucune distinction entre celles qui peuvent généralement être décrites comme étant de nature criminelle et celles qui peuvent être décrites comme étant de nature civile. Ce mélange de procédure fédérale et provinciale semblerait tout au mieux irrégulier et il a engendré beaucoup de confusion. Toutefois, les appelants nous ont informés, dans leur mémoire, qu'aucune objection à la manière de demander le jugement

this stage of the proceedings to deal with the whole matter without regard to these procedural irregularities.

The appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed, the court holding that it had no jurisdiction to hear the appeal: (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 1 W.W.R. 97, 50 C.C.C. (3d) 201, 72 C.R. (3d) 196, [1990] 1 C.T.C. 241, 89 D.T.C. 5464. In doing so, the court categorized the whole of the proceedings as criminal in nature. It only briefly mentioned the request for a declaration, and appeared to treat it as an interlocutory matter in a criminal proceeding. I must say that, given the manner in which the procedures were engaged, that approach seems quite understandable. However, as mentioned earlier, it seems best at this stage of the proceedings to overlook the procedural irregularities and deal with the substantive issue of whether an action for a declaration may be pursued.

On the appeal to this Court, the issue was limited to the constitutional validity of the legislation. At this stage, there was again a generous intermixture of federal and provincial procedures. The appellants submitted that the Court of Appeal erred in holding that it had no jurisdiction to hear the appeal for the following reasons:

(a) the judgment of the Supreme Court of British Columbia was one made in the course of civil proceedings seeking a declaration and consequently was appealable as of right under s. 6 of the *Court of Appeal Act*, S.B.C. 1982, c. 7, as amended;

(b) the order was made in a taxation matter under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* and not in a criminal matter (s. 91(27)), and in the absence of specific legislation, was appealable under s. 6 of the *Court of Appeal Act*; and

déclaratoire n'a été soulevée par l'intimé ou devant les tribunaux d'instance inférieure. Dans ces circonstances, j'estime qu'il vaut mieux, à ce stade des procédures, examiner toute l'affaire sans tenir compte de ces irrégularités procédurales.

La Cour d'appel de Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté devant elle, concluant qu'elle n'avait pas compétence pour l'entendre: (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 1 W.W.R. 97, 50 C.C.C. (3d) 201, 72 C.R. (3d) 196, [1990] 1 C.T.C. 241, 89 D.T.C. 5464. Ce faisant, la cour a qualifié l'ensemble des procédures comme étant de nature criminelle. Elle n'a mentionné que brièvement la demande de jugement déclaratoire et a semblé la considérer comme une question interlocutoire dans une instance criminelle. Je dois dire que, compte tenu de la façon dont les procédures ont été engagées, ce point de vue semble tout à fait compréhensible. Cependant, comme je l'ai déjà mentionné, il semble qu'il vaut mieux, à ce stade des procédures, ignorer les irrégularités procédurales et examiner la question de fond qui est de savoir s'il est possible d'intenter une action en jugement déclaratoire.

Le pourvoi devant notre Cour porte seulement sur la constitutionnalité des mesures législatives. À ce stade, il y a eu encore une fois un généreux mélange de procédure fédérale et provinciale. Les appelants ont soutenu que la Cour d'appel a eu tort de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel pour les raisons suivantes:

a) le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été rendu dans le cadre de procédures civiles visant à obtenir un jugement déclaratoire et il pouvait donc faire l'objet d'un appel de plein droit en vertu de l'art. 6 de la *Court of Appeal Act*, S.B.C. 1982, ch. 7 et ses modifications,

b) l'ordonnance a été rendue dans une affaire de taxation relevant du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et non dans une affaire criminelle (par. 91(27)), et en l'absence de mesure législative précise, elle pouvait faire l'objet d'un appel fondé sur l'art. 6 de la *Court of Appeal Act*, et

(c) the judgment appealed from denied the appellants a remedy under s. 24(1) of the *Charter* and was also appealable under s. 6 of the *Court of Appeal Act*.

I should first note that if the appellants are successful in their claim that an action for a declaration can properly be entertained, then it becomes unnecessary to pursue their other arguments, for the action for a declaration was begun in the British Columbia Supreme Court and was thus subject to its ordinary rules of procedure, including any right to appeal from that action. The second issue, however, has serious implications for criminal procedure in provincial courts and involves a serious misunderstanding of this Court's recent decision in *Knox Contracting*, which it is important to correct. It also serves as a useful backdrop for a discussion of whether an action for a declaration properly lies, so I shall discuss it first. The third issue, regarding s. 24(1) of the *Charter*, seems to me to be covered by the considerations discussed under the second issue and has already been adequately dealt with by this Court. I shall, therefore, only refer to it tangentially.

Rights of Appeal Generally

Since the appellants' efforts were largely directed to finding a right of appeal in this case, I will first make some comments about the nature of rights of appeal generally.

Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on

c) le jugement visé par l'appel refusait aux appelants une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* et il pouvait également faire l'objet d'un appel fondé sur l'art. 6 de la *Court of Appeal Act*.

a

Je devrais d'abord souligner que, si les appelants ont gain de cause dans leur allégation qu'une action en jugement déclaratoire peut être instruite à bon droit, il devient alors inutile d'examiner leur autres arguments étant donné que l'action en jugement déclaratoire a été intentée en Cour suprême de la Colombie-Britannique et qu'elle était donc assujettie aux règles de pratique ordinaires de cette cour, y compris à tout droit d'en appeler de cette action. Toutefois, la deuxième question a de graves répercussions sur la procédure criminelle devant les cours provinciales et elle comporte une mauvaise compréhension grave de l'arrêt *Knox Contracting* récemment rendu par notre Cour, qu'il importe de rectifier. Elle sert aussi de toile de fond utile pour examiner si une action en jugement déclaratoire peut être intentée à bon droit, et je vais donc l'analyser en premier. La troisième question, qui concerne le par. 24(1) de la *Charte*, me semble visée par les considérations examinées relativement à la deuxième question et elle a déjà été suffisamment analysée par notre Cour. Je ne vais donc la mentionner qu'indirectement.

Les droits d'appel en général

Puisque les appelants se sont efforcés dans une large mesure d'établir l'existence d'un droit d'appel en l'espèce, je vais tout d'abord formuler certaines observations sur la nature des droits d'appel en général.

Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toute-

any matter unless provided for by the relevant legislature.

There are various policy reasons for enacting a procedure that limits rights of appeal. Sometimes the opportunity for more opinions does not serve the ends of justice. A trial court, for example, is in a better position to assess the factual record. Thus most criminal appeals are restricted to questions of law or mixed questions of law and fact. A further policy rationale, and one that is important to the case before this Court, is that there should not be unnecessary delay in the final disposition of proceedings, particularly proceedings of a criminal character. This is especially applicable to interlocutory matters which can ultimately be decided at trial; see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. On this point, McLachlin J., speaking for the majority in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, noted that there was a valid policy concern to control the “plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them” (at p. 641). Such review should, in the Court’s view, normally take place at trial. This McLachlin J. added, “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” (at p. 641). Especially in the context of criminal procedure, there is value in not constantly interrupting the process, if the issues are all going to be heard eventually at trial in any event. As well, there is the simple value of a final decision to resolve a dispute without the costs, in time, effort and money, of further hearings.

For most civil matters, the provincial legislatures have created a right of appeal. In British Columbia, that right is found in the *Court of Appeal Act*. Section 6 sets forth the circumstances where appeals are available. The first issue in this case is whether that procedure applies to a penal proceeding falling within the exclusive jurisdiction

fois, il demeure qu’il n’existe pas de droit d’appel sur une question sauf si le législateur compétent l’a prévu.

Diverses raisons de principe militent en faveur de l’adoption d’une procédure qui limite les droits d’appel. Parfois, il n’est pas dans l’intérêt de la justice de donner la possibilité d’obtenir d’autres opinions. Par exemple, un tribunal de première instance est mieux placé pour apprécier les faits. Ainsi, la plupart des appels en matière criminelle se limitent à des questions de droit ou à des questions mixtes de droit et de fait. Une autre raison de principe, qui a son importance dans l’affaire dont notre Cour est saisie, est que le règlement final de poursuites, particulièrement celles de nature criminelle, ne devrait pas être retardé inutilement. Cela est tout particulièrement applicable aux questions interlocutoires qui peuvent finalement être tranchées au procès; voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Sur ce point, le juge McLachlin, s’exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, souligne qu’il existe un souci de principe valide d’enrayer «une pléthore d’appels interlocutoires avec les retards qu’ils entraînent nécessairement» (à la p. 641). De l’avis de notre Cour, cet examen devrait normalement avoir lieu au procès. Le juge McLachlin ajoute que «[I]es 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» (à la p. 641). Particulièrement dans le contexte de la procédure criminelle, il importe de ne pas constamment interrompre le processus si, en tout état de cause, les questions doivent éventuellement être toutes entendues au procès. De même, il y a la simple utilité d’en arriver à une décision finale sans les coûts que comporte la tenue d’autres auditions, sur les plans du temps, des efforts et de l’argent.

Les législateurs provinciaux ont créé un droit d’appel pour la plupart des affaires civiles. En Colombie-Britannique, ce droit est prévu dans la *Court of Appeal Act*. L’article 6 énonce les circonstances ouvrant droit à un appel. En l’espèce, il s’agit d’abord de déterminer si cette procédure s’applique à des poursuites pénales relevant de la

of the federal Parliament, specifically a proceeding taken in respect of an alleged offence under the *Income Tax Act*.

The Procedure Under s. 231.3 of the *Income Tax Act*

The availability of appeal is one of the questions determined by the choice of procedure created in the particular statute involved. To understand the nature of the procedure with which we are here concerned, it is important, then, to look closely at the workings of the *Income Tax Act*. By and large as Wilson J. noted in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 636, "the system is a self-reporting and self-assessing one which depends upon the honesty and integrity of the taxpayers for its success". But Wilson J. (at p. 637) was quick to add that it would be naive to suppose that this system could work fairly without the assistance of an effective enforcement mechanism. To that end, the Act creates a number of offences, some very serious, to ensure compliance with the Act. Among these is that set forth in s. 239(1) of the Act, in relation to which the search warrant was issued in this case. It reads:

239. (1) Every person who has

(a) made, or participated in, assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive statements in a return, certificate, statement or answer filed or made as required by or under this Act or a regulation,

(b) to evade payment of a tax imposed by this Act, destroyed, altered, mutilated, secreted or otherwise disposed of the records or books of account of a taxpayer,

(c) made, or assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive entries, or omitted, or assented to or acquiesced in the omission, to enter a material particular, in records or books of account of a taxpayer,

(d) wilfully, in any manner, evaded or attempted to evade, compliance with this Act or payment of taxes imposed by this Act, or

compétence exclusive du Parlement fédéral, plus précisément à des poursuites engagées relativement à une prétendue infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La procédure prévue à l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

L'existence d'un droit d'appel est une des questions liées au choix de procédure offert dans la loi concernée. Pour saisir la nature de la procédure qui nous intéresse en l'espèce, il importe d'examiner de près le fonctionnement de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En général, comme l'a fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 636, «le régime mis sur pied est un régime d'auto-déclaration et d'auto-cotisation dont le succès repose sur l'honnêteté et l'intégrité des contribuables». Cependant, le juge Wilson (à la p. 637) s'est empressée d'ajouter qu'il serait naïf de supposer que ce régime pourrait fonctionner équitablement en l'absence d'un mécanisme d'exécution efficace. À cette fin, la Loi crée un certain nombre d'infractions, dont certaines très graves, pour assurer qu'on la respecte. Mentionnons notamment celle énoncée au par. 239(1) de la Loi, au sujet de laquelle le mandat de perquisition a été décerné en l'espèce. En voici le texte:

239. (1) Toute personne qui

a) a fait des déclarations fausses ou trompeuses, ou a participé, consenti ou acquiescé à leur énonciation dans une déclaration, certificat, état ou réponse produits ou faits en vertu de la présente loi ou d'un règlement,

b) a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altéré, mutilé, caché les registres ou livres de comptes d'un contribuable ou en a disposé autrement,

c) a fait des inscriptions fausses ou trompeuses, ou a consenti ou acquiescé à leur accomplissement, ou a omis, ou a consenti ou acquiescé à l'omission d'inscrire un détail important dans les registres ou livres de comptes d'un contribuable,

d) a, volontairement, de quelque manière, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi, ou

(e) conspired with any person to commit an offence described by paragraphs (a) to (d),

is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(f) a fine of not less than 25% and not more than double the amount of the tax that was sought to be evaded, or

(g) both the fine described in paragraph (f) and imprisonment for a term not exceeding 2 years.

This offence, I say in passing, seems to me to be constitutionally supportable both under Parliament's criminal law power and its taxing power; see *Constitution Act, 1867*, s. 91(27) and s. 91(3), respectively.

Such offences, of course, require a procedural scheme for their enforcement. As in the case of other federal statutes containing penal provisions, the procedure selected by Parliament is that set forth in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Section 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, provides that the provisions of the *Criminal Code* are to apply to indictable and summary conviction offences created by Parliament unless the statute creating the offence provides otherwise. The *Criminal Code*, of course, provides a comprehensive scheme of criminal procedure. Notably, though, it provides only limited rights of appeal. Section 674 stipulates that for indictable offences, the right of appeal is limited to those authorized under Parts XXI and XXVI of the *Code*. For summary conviction offences, the appeals are those provided under Part XXVII, s. 813. No right of appeal from an order issuing a search warrant is provided in the *Criminal Code*. So far as search warrants under the *Income Tax Act* are concerned, however, Parliament has, as s. 34(2) of the *Interpretation Act* contemplates, enacted a special provision to meet the specific requirements of that Act. That provision, s. 231.3,

e) a conspiré avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas a) à d),

est coupable d'une infraction et, en plus de toute autre peine prévue par ailleurs, est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité,

f) d'une amende d'au moins 25% et d'au plus le double du montant de l'impôt que cette personne a tenté d'éluider, ou

g) à la fois de l'amende prévue à l'alinéa f) et d'un emprisonnement d'au plus 2 ans.

J'affirme en passant qu'il me semble que cette infraction est constitutionnellement justifiable à la fois par la compétence du fédéral en matière de droit criminel et par son pouvoir de taxation; voir les par. 91(27) et 91(3), respectivement, de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il va sans dire qu'un régime de procédure est nécessaire pour appliquer de telles dispositions constitutives d'infractions. À l'instar des autres lois fédérales qui renferment des dispositions pénales, la procédure choisie par le Parlement est celle énoncée dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le paragraphe 34(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que, sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* s'appliquent aux actes criminels et aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire créées par le Parlement. Le *Code criminel* prévoit bien entendu un régime complet de procédure en matière criminelle. On remarque toutefois qu'il prévoit seulement des droits d'appel limités. L'article 674 stipule que, dans le cas des actes criminels, le droit d'appel se limite aux procédures autorisées par les parties XXI et XXVI du *Code*. Dans le cas des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, les appels sont ceux prévus par la partie XXVII (art. 813). Le *Code criminel* ne prévoit aucun droit d'appel contre une ordonnance décernant un mandat de perquisition. Toutefois, en ce qui concerne les mandats de perquisition décernés en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le Parlement a, comme le prévoit le par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, adopté une disposition spéciale afin de satisfaire aux exigences particulières de cette loi. Cette disposition, l'art. 231.3, est cruciale en l'es-

is central to this case. Of special relevance are ss. 231.3(1) and (7) which read as follows:

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize and, as soon as practicable, bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of his own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

Section 231.3, not unnaturally, bears a considerable resemblance to its counterpart in the *Criminal Code*. Noteworthy is that, like it, it provides no appeal other than the review process set forth in s. 231.3(7). I note, however, that s. 231 defines "judge" to mean "a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court", a fact upon which considerable reliance was placed in seeking to find a right of appeal, an issue I shall discuss later.

As I see it, the characterization of the foregoing procedure has already been settled by this Court in

pèce. Les paragraphes 231.3(1) et (7) sont particulièrement pertinents:

231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit dans ces documents ou choses avec avis au sous-procureur général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués à la personne à qui ils ont été saisis ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses:

a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

Naturellement, l'art. 231.3 ressemble beaucoup à la disposition correspondante du *Code criminel*. Il convient de noter qu'à l'instar de cette dernière, l'art. 231.3 ne prévoit pas de mécanisme d'appel autre que le processus d'examen énoncé au par. 231.3(7). Je souligne toutefois que, selon la définition qu'en donne l'art. 231, le mot «juge» désigne un «[j]uge d'une cour supérieure compétente de la province où l'affaire prend naissance ou [un] juge de la Cour fédérale», ce sur quoi on a beaucoup insisté en cherchant à conclure à l'existence d'un droit d'appel, un point sur lequel je reviendrai plus loin.

À mon avis, la question de la qualification de la procédure qui précède a déjà été réglée dans l'arrêt

Knox Contracting, supra. In that case, this Court examined and characterized the search provisions of the *Income Tax Act* for the purposes of determining whether the court of appeal there had jurisdiction to hear an appeal on a search warrant. Cory J., Wilson and Gonthier JJ. concurring, ruled that the s. 231.3 search procedures under the *Income Tax Act* were enacted pursuant to federal jurisdiction over criminal law and procedure under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. He considered the search provisions to be the investigative arm of s. 239 which, in his view, were clearly criminal law because they punished deliberate acts, protected the public interest, and contained severe penalties. Section 231.3 was held to be the investigative arm of the criminal law because it was unrealistic "to divorce s. 231.3 from the offences sought to be uncovered by the search" (p. 356). He concluded that the power of the provincial legislatures under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* does not extend to jurisdiction over the conduct of criminal prosecutions, citing *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206. Clearly on this view, the procedure for this case must be the procedure created by the federal Parliament.

Sopinka J., L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. concurring, disagreed with Cory J.'s position. He found that the search provisions could be justified under both the federal criminal law power (s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*) and the federal taxing power (s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*). He then held that the normal provincial procedure continues to operate, including a right of appeal, unless a contrary intention is evidenced.

It was left to me to break the deadlock in *Knox Contracting*. I agreed with the conclusion reached by Cory J., but gave separate reasons, though these

de notre Cour *Knox Contracting*, précité. Dans cette affaire, notre Cour a examiné et qualifié les dispositions en matière de perquisition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue de déterminer si la cour d'appel avait compétence pour entendre un appel relatif à un mandat de perquisition. Le juge Cory, à l'opinion duquel ont souscrit les juges Wilson et Gonthier, a conclu que les procédures de perquisition prévues à l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* avaient été adoptées conformément à la compétence fédérale en matière de droit et de procédure criminels, prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a considéré que les dispositions autorisant la perquisition étaient la ramification investigatrice de l'art. 239 et qu'elles constituaient clairement du droit criminel parce qu'elles punissaient des actes délibérés, protégeaient l'intérêt public et comportaient des peines sévères. On a jugé que l'art. 231.3 constituait la ramification investigatrice du droit criminel parce qu'il était irréaliste «de dissocier l'art. 231.3 des infractions que la perquisition vise à découvrir» (p. 356). Il a conclu que le pouvoir que le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux législatures provinciales ne comprend pas la compétence sur la conduite des poursuites criminelles, citant l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206. Selon ce point de vue, il est clair que la procédure applicable en l'espèce doit être celle établie par le Parlement fédéral.

Le juge Sopinka, à l'opinion duquel ont souscrit les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, n'était pas d'accord avec le juge Cory. Il a conclu que les dispositions en matière de perquisition pouvaient se justifier à la fois par la compétence fédérale en matière de droit criminel (par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*) et par le pouvoir fédéral de taxation (par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Il a ensuite jugé qu'à moins d'une intention contraire manifeste, la procédure provinciale normale habituelle continue de s'appliquer, y compris le droit d'appel.

C'est à moi qu'il revenait de briser l'impasse dans l'arrêt *Knox Contracting*. J'ai souscrit à la conclusion du juge Cory, mais j'ai rédigé des

do not take issue with what he had to say. In the result, then, a majority of this Court held that there was no appeal from a search warrant issued under the *Income Tax Act*, and that a right of appeal provided by provincial procedure has no application. These, of course, are the very questions now placed before this Court.

In my brief reasons, I first observed that I agreed with Sopinka J.'s approach to the juristic character of the relevant provisions. In other words, I agreed with him that the relevant provisions were justifiable under both the criminal law power and the taxing power. If, as the appellants suggest, there is any significance to the fact that a provision is criminal law, I fail to understand why it should make a difference for present purposes that it is also justifiable under the taxing power.

I did not really find it necessary to get into this in *Knox Contracting*, for, in my view, Parliament had in the exercise of its exclusive powers provided a comprehensive procedure for the enforcement of *Income Tax Act* offences. I thus put it at pp. 356-57:

In choosing a criminal sanction and applying all the provisions of the *Criminal Code* "except to the extent that the enactment otherwise provides" (see *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 34(2)), Parliament, it seems to me, has shown a disposition to adopt the ordinary procedures of the criminal law for their enforcement, subject to any variations spelled out in the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. [Emphasis in original.]

I then concluded by saying that I found it unnecessary to consider whether a province could in other circumstances deal with procedure respecting a penal provision. What I had in mind, and all I had in mind, was the (I think unlikely) situation that could arise if Parliament provided an incomplete scheme in some statute, as sometimes happens in the civil field.

motifs distincts sans toutefois contester ce qu'il avait dit. En définitive, notre Cour à la majorité a donc statué qu'un mandat de perquisition décerné en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne pouvait faire l'objet d'un appel et qu'un droit d'appel prévu par la procédure provinciale ne s'appliquait pas. Il va sans dire que ce sont là les questions mêmes dont notre Cour est maintenant saisie.

Dans mes motifs succincts, j'ai tout d'abord indiqué que je partageais la façon dont le juge Sopinka abordait la nature juridique des dispositions pertinentes. En d'autres termes, j'étais d'accord avec lui pour dire que ces dispositions pouvaient se justifier à la fois par la compétence en matière de droit criminel et par le pouvoir de taxation. Si, comme les appelants le laissent entendre, le fait qu'une disposition constitue du droit criminel a une importance quelconque, je ne vois pourquoi le fait qu'elle puisse aussi se justifier par le pouvoir de taxation devrait faire une différence aux fins de l'espèce.

Je n'ai pas vraiment jugé nécessaire d'examiner ce point dans l'arrêt *Knox Contracting* car, à mon avis, le Parlement avait, dans l'exercice de ses pouvoirs exclusifs, établi une procédure complète d'application des dispositions constitutives d'infractions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. C'est ainsi que j'ai affirmé, aux pp. 356 et 357:

En choisissant une sanction criminelle et en appliquant toutes les dispositions du *Code criminel* «[s]auf disposition contraire du texte créant l'infraction» (voir la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, par. 34(2)), le Parlement, me semble-t-il, s'est montré disposé à adopter les procédures ordinaires du droit criminel pour les appliquer, sous réserve de tout changement énoncé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. [Souligné dans l'original.]

J'ai alors terminé en disant qu'il n'était pas nécessaire, selon moi, de se demander si, dans d'autres circonstances, une province pourrait s'occuper d'une procédure concernant une disposition pénale. En fait, je songeais seulement à la situation (invraisemblable à mon avis) qui surviendrait si le Parlement établissait une procédure incomplète dans une loi quelconque, comme cela se produit parfois en matière civile.

In *Knox Contracting*, then, I came to the same conclusion as Cory J., that there was no appeal. While I believed that the provisions could be justified under both s. 91(27) and s. 91(3), I concluded, at pp. 356-57, that Parliament by enacting s. 34(2) of the *Interpretation Act* has shown a disposition to adopt the ordinary procedures of the criminal law for their enforcement subject to any variations spelled out in the *Income Tax Act*. In the result, then, a majority of this Court held that there was no appeal from a search warrant under the *Income Tax Act*, and that the general right of appeal provided for under provincial law had no application.

In *Knox Contracting*, I did not elaborate further on the reasons for my conclusion. I simply found it self-evident that Parliament, in the exercise of a power, be it criminal or taxation or any other head of power, may if it wishes provide procedures for the enforcement of the measures it has enacted. That is a matter within its exclusive competence. This proposition is supported by long-standing authority in this Court. One need go no further than the well-known case of *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, at pp. 563 (Hudson J.), 579 and 583 (Rand J.), 588 (Kellock J.), 591 and 594 (Estey J.). Cory J. said the same thing in *Knox Contracting*, *supra*, at pp. 351-52. This approach is not limited to criminal law. It is a general principle applying to all areas of federal jurisdiction as can be seen from the following remarks of Rinfret J. in *Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87, at p. 100:

... it has long since been decided that, with respect to matters coming within the enumerated heads of sec. 91, the Parliament of Canada may give jurisdiction to provincial courts and regulate proceedings in such courts to the fullest extent. [Emphasis added.]

Similarly, Taschereau J. in *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] S.C.R. 600, had this to say, at p. 602:

Dans l'arrêt *Knox Contracting*, j'ai donc conclu, à l'instar du juge Cory, qu'il n'y avait pas de droit d'appel. Même si je croyais que les dispositions pouvaient se justifier à la fois par le par. 91(27) et par le par. 91(3), j'ai conclu, aux pp. 356 et 357, qu'en adoptant le par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, le Parlement s'est montré disposé à adopter les procédures ordinaires du droit criminel pour les appliquer, sous réserve de tout changement énoncé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En définitive, notre Cour à la majorité a statué qu'un mandat de perquisition décerné en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne pouvait pas faire l'objet d'un appel et que le droit général d'appel prévu par le droit provincial ne s'appliquait pas.

Dans l'arrêt *Knox Contracting*, je n'ai pas expliqué davantage les motifs de ma conclusion. J'ai simplement cru qu'il allait de soi que, dans l'exercice d'un pouvoir, que ce soit en matière de droit criminel ou de taxation, ou en vertu de quelque autre chef de compétence, le Parlement peut, s'il le veut, établir des procédures pour l'application des mesures qu'il a adoptées. C'est une question qui relève de sa compétence exclusive. Ce principe est depuis longtemps reconnu dans la jurisprudence de notre Cour. Qu'il nous suffise de mentionner le célèbre arrêt *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, aux pp. 563 (le juge Hudson), 579 et 583 (le juge Rand), 588 (le juge Kellock), 591 et 594 (le juge Estey). Le juge Cory a affirmé la même chose dans l'arrêt *Knox Contracting*, précité, aux pp. 351 et 352. Ce point de vue ne se limite pas au droit criminel. C'est un principe général qui s'applique à tous les domaines de compétence fédérale comme il ressort des observations suivantes du juge Rinfret dans *Attorney-General for Alberta c. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87, à la p. 100:

[TRADUCTION] ... on a décidé depuis longtemps qu'en ce qui concerne les affaires relevant des sujets énumérés de l'art. 91, le Parlement du Canada peut donner compétence aux cours provinciales et régler au maximum les procédures devant ces cours. [Je souligne.]

De même, le juge Taschereau dit ceci dans l'arrêt *Attorney General of Quebec c. Attorney General of Canada*, [1945] R.C.S. 600, à la p. 602:

It is also well established that, although a court may be provincially organized and maintained, its jurisdiction and the procedure to be followed for the application of laws enacted by the Parliament of Canada, in relation to matters confided to that Parliament, are within its exclusive jurisdiction. That applies to criminal law and procedure in criminal matters which by subsection 27 of section 91 of the B.N.A. Act are subject to the legislative powers of the Dominion.

The same approach was later followed in the unanimous decision of this Court in respect of an offence, significantly for our purposes, under the *Income Tax Act* in *Ministre du Revenu National v. Lafleur*, [1964] S.C.R. 412, 46 D.L.R. (2d) 439. And in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, *supra*, and *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, this Court held that Parliament is competent to legislate respecting the enforcement of all federal offences, regardless of the federal head of power under which the substantive offences were enacted.

I do not doubt that Parliament can, if it wishes, adopt provincial procedures for that purpose, and, such an adoption will be assumed, where it is necessary to give effect to a right, for example, when it confers a civil right without providing a forum or procedure for its enforcement. But when it selects a specific and integrated procedure, as it has done here, then there is no room for the operation of provincial law in relation to that procedure. That again is demonstrated by *Storgoff*, where the Court refused to countenance the use of the writ of *habeas corpus* in the manner provided by provincial law, even though the right to *habeas corpus* may be looked upon as a civil right (see, for example, p. 571). This reasoning applies *a fortiori* to appeals. This appears perhaps most clearly in the reasons of Hudson J., at p. 563:

It would seem to be logical that the legislature which has exclusive power to enact criminal law and prescribe procedure in criminal matters should also have the sole

[TRADUCTION] Il est également bien établi que bien qu'un tribunal puisse être organisé et maintenu par une province, sa compétence et la procédure qu'elle doit suivre pour l'application des lois adoptées par le Parlement du Canada, en ce qui a trait aux matières attribuées à ce Parlement, relèvent de sa compétence exclusive. Cela s'applique au droit criminel et à la procédure en matière criminelle qui sont assujettis aux pouvoirs législatifs du Dominion en vertu du paragraphe 27 de l'article 91 de l'A.A.N.B.

Le même point de vue a ultérieurement été suivi dans l'arrêt unanime de notre Cour *Ministre du Revenu national c. Lafleur*, [1964] R.C.S. 412, qui portait, ce qui est important en l'espèce, sur une infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De plus, dans les arrêts *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, précité, et *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, notre Cour a conclu que le Parlement a compétence pour légiférer relativement à l'application de toutes les dispositions fédérales qui créent des infractions, peu importe le chef de compétence fédérale en vertu duquel ces dispositions constitutives d'infractions matérielles précises ont été adoptées.

Je ne doute pas que le Parlement puisse, s'il le désire, faire appel aux procédures provinciales à cette fin, et on supposera qu'il l'a fait lorsqu'il est nécessaire de mettre à exécution un droit dans le cas, par exemple, où il confère un droit civil sans prévoir une tribune ou une procédure pour son application. Toutefois, lorsqu'il choisit une procédure particulière et intégrée, comme il l'a fait en l'espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer le droit provincial relativement à cette procédure. Cela ressort également de l'arrêt *Storgoff* où notre Cour a refusé d'approuver le recours à un bref d'*habeas corpus* de la façon prévue par le droit provincial, même si le droit à l'*habeas corpus* peut être considéré comme un droit civil (voir, par exemple, à la p. 571). Ce raisonnement s'applique à plus forte raison aux appels. Ceci paraît se dégager peut-être le plus clairement des motifs du juge Hudson, à la p. 563:

[TRADUCTION] Il semblerait logique que le législateur qui possède une compétence exclusive en matière de droit et de procédure criminels possède aussi le droit

right to prescribe the means and methods by which the validity of such procedure should be tested.

Parliament has accepted this view and ever since Confederation exercised the right to make provision for appeals in criminal matters and prescribed the conditions under which such appeals were permitted and the courts to which they might be taken.

A writ of *habeas corpus* differs in many respects from an appeal but, in cases like the present, it is just another means of bringing in question the validity of proceedings in criminal matters. It would appear strange indeed if Parliament could provide for and control appeals but not interference with criminal administration by way of *habeas corpus*.

See also at pp. 575 (Taschereau J.), 579 and 582 (Rand J.).

What, of course, motivated the judges in that case was the need for a uniform and integrated procedure; see pp. 566 (Hudson J.) and 584 (Rand J.). It was this uniform and integrated procedure that was selected by Parliament for the enforcement of the *Income Tax Act*. Indeed the need to look at the entire procedure as an integrated whole is most strongly stated in *Lafleur, supra*, which as I noted was a case involving the *Income Tax Act*. See especially pp. 443, 444 and 446 D.L.R., where Fauteux J. (speaking for the Court) refers to these provisions, respectively, as [TRANSLATION] “uniform”, “systematically welded into a single body” and “an integrated whole”.

The integrated procedure I have described is not confined to the period following the charge. Thus, *Meltzer, supra*, involved an authorization to intercept private communications—an electronic search—and it was held that no right of appeal existed because none had been provided as part of the procedure provided by the federal Parliament. The power to issue an authorization appears in the *Criminal Code*, but there is no magic in this. In *Goldman v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 488 (Ont. C.A.), it was held that

exclusif de prescrire les moyens de vérifier la validité de cette procédure.

Le Parlement a accepté ce point de vue et a, depuis la Confédération, exercé le droit de prévoir des appels en matière criminelle, d'établir les conditions ouvrant droit à un appel et de déterminer devant quel tribunal un appel pourrait être interjeté.

Un bref d'*habeas corpus* diffère de nombreux égards d'un appel, mais, dans des cas comme la présente affaire, il s'agit tout simplement d'un autre moyen de contester la validité de procédures en matière criminelle. En fait, il semblerait étrange que le Parlement puisse prévoir et contrôler les appels, mais non les empiétements sur l'administration de la justice criminelle par voie d'*habeas corpus*.

Voir aussi, à la p. 575 (le juge Taschereau) ainsi qu'aux pp. 579 et 582 (le juge Rand).

Il va sans dire que c'est la nécessité d'établir une procédure uniforme et intégrée qui a motivé les juges dans cette affaire; voir aux pp. 566 (le juge Hudson) et 584 (le juge Rand). C'est cette procédure uniforme et intégrée que le Parlement a choisie pour appliquer la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En fait, c'est dans l'arrêt *Lafleur*, précité, qui, comme je l'ai souligné portait sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qu'on a le plus insisté sur la nécessité de considérer toute la procédure comme un ensemble intégré. Voir particulièrement aux pp. 418 et 421 où le juge Fauteux (s'exprimant au nom de notre Cour) affirme au sujet de ces dispositions, respectivement, qu'il y a «uniformité», qu'elles ont été «systématiquement réunies dans un seul corps» et qu'elles «forment un tout».

Cette procédure intégrée que je viens de décrire ne vise pas seulement la période qui suit l'accusation. Ainsi, dans l'affaire *Meltzer*, précitée, qui portait sur une autorisation d'intercepter des communications privées—une perquisition électronique—, on a conclu à l'absence de droit d'appel du fait qu'aucun n'avait été prévu dans le cadre de la procédure prescrite par le Parlement fédéral. Le pouvoir d'accorder une autorisation est prévu dans le *Code criminel*, mais cela n'a rien de magique. Dans l'arrêt *Goldman c. Hoffmann-La Roche Ltd.*

there was no appeal in the parallel situation of a search warrant issued under the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which is sustainable under both the trade and commerce power and the criminal law power.

I fail to see how it detracts from this integrated scheme that it is the *Income Tax Act* itself which provides a provision respecting searches that may afford evidence of an offence. That provision is rather similar to its counterpart in the *Criminal Code* (s. 487) and was obviously intended to meet the particular exigencies relating to income tax offences. It forms part of the uniform and integrated procedure for the investigation and prosecution of offences under the Act. I am quite unable to accept the appellants' thesis that the provinces share jurisdiction with the federal Parliament to regulate procedure over matters exclusively vested in Parliament by the Constitution. This is a far cry from the principle they cite that "where no other procedure is prescribed, a litigant suing on a federal matter in a provincial court takes the procedure of that court as he finds it" (emphasis added); see *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 185. There may be other cases where Parliament, because it has created a substantive right that is clearly dependent for its functioning on the rules governing general civil procedure in the province, may be assumed to have adopted necessary parts of such procedure, or to adapt the words of Laskin J.A. in *Adler v. Adler*, [1966] 1 O.R. 732 (C.A.), at p. 735, where substantive law within federal jurisdiction feeds the jurisdiction of the provincial court by giving it material upon which to operate. *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, is another recent example; there s. 22 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, expressly provided for concurrent jurisdiction. But no such assumption can be made in the present case. Here a comprehensive

(1987), 35 C.C.C. (3d) 488 (C.A. Ont.), on a statué qu'il n'existait pas de droit d'appel dans la situation analogue d'un mandat de perquisition décerné en vertu de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui est justifiable à la fois par la compétence en matière d'échanges et de commerce et par celle en matière de droit criminel.

Je ne vois pas en quoi il déroge à ce régime intégré que ce soit la *Loi de l'impôt sur le revenu* elle-même qui établisse une disposition sur les perquisitions susceptibles de fournir des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction. Cette disposition est assez semblable à la disposition correspondante du *Code criminel* (art. 487) et elle visait de toute évidence à satisfaire aux exigences particulières qui se rattachent aux infractions en matière d'impôt sur le revenu. Elle fait partie de la procédure uniforme et intégrée applicable aux enquêtes et aux poursuites relatives à des infractions à la Loi. Je suis tout à fait incapable d'accepter la thèse des appelants selon laquelle les provinces partagent avec le Parlement fédéral le pouvoir de réglementer la procédure applicable à des matières qui, aux termes de la Constitution, relèvent de la compétence exclusive du Parlement. Cela est loin du principe qu'ils citent selon lequel [TRADUCTION]: «lorsqu'aucune autre procédure n'est prescrite, la partie qui engage, devant un tribunal provincial, des poursuites relatives à une matière fédérale adopte la procédure existante de ce tribunal» (je souligne); voir *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5^e éd. 1986), vol. 1, à la p. 185. Il peut y avoir d'autres cas où l'on peut supposer que le Parlement a adopté les parties nécessaires de la procédure civile générale d'une province, du fait qu'il a créé un droit substantiel dont l'application est nettement fonction des règles qui régissent cette procédure, ou, pour reprendre les mots du juge Laskin dans *Adler c. Adler*, [1966] 1 O.R. 732 (C.A.), à la p. 735, lorsque le droit positif relevant de la compétence fédérale alimente la compétence d'une cour provinciale en lui attribuant une matière sur laquelle agir. L'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, est un autre exemple récent; dans cette affaire, l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.),

procedure is prescribed by the legislative body having power over the matter.

The admixture of provincial civil procedure with criminal procedure could, I fear, result in an unpredictable mish-mash where, in applying federal procedural law, one would forever be looking over one's shoulder to see what procedure the provinces have adopted (and this may differ from province to province) to see if there was something there that one judge or another would like to add if he or she found the federal law inadequate. And I see no reason in principle why appeals could not be read in for other interlocutory proceedings, or indeed why other provincial rules of procedure might not be adopted, as was attempted in *Lafleur*. That, barring federal adoption, is in my view constitutionally unacceptable. It is certainly impractical. In dealing with procedure, and particularly criminal procedure, it is important to know what one should do next. That is why, no doubt, Parliament adopted a comprehensive procedure under the *Criminal Code*, and that is why it adopted that procedure for the enforcement of penal provisions in other statutes, including the *Income Tax Act*. The nature of this procedure is well stated by Fauteux J. in *Lafleur*, *supra*, at pp. 443-44 D.L.R.:

[TRANSLATION] It is obvious, however, that, particularly in the area of procedure, the criminal law existing in 1867 in the various territorial jurisdictions later united into what is now the one Canadian territorial jurisdiction of Confederation has evolved considerably during this lengthy period of history. This evolution, moving towards the formation of a uniform criminal law for Canada, has been accomplished through changes resulting expressly or by implication from the various legislative enactments effected by Parliament over the years. This uniform criminal law, achieved not by mere consolidations, but by two codifications, appears today in that grouping of legislative provisions which Parliament has systematically welded into a single body — the *Criminal Code* of 1953-54 — which is the product

ch. 10, prévoyait expressément une compétence concurrente. Toutefois, aucune hypothèse de ce genre ne peut être formulée en l'espèce. Il s'agit ici d'une procédure complète qui est prescrite par un organisme législatif ayant compétence en la matière.

Le mélange de procédure civile provinciale et de procédure criminelle pourrait, je le crains, engendrer un méli-mélo imprévisible s'il fallait constamment, en appliquant le droit fédéral en matière de procédure, examiner la procédure adoptée par les provinces (qui peut différer d'une province à l'autre) pour voir si un juge ou l'autre aimerait ajouter quelque chose dans le cas où il trouverait le droit fédéral inadéquat. De plus, je ne vois pas pourquoi, en principe, des appels ne pourraient pas être introduits dans d'autres procédures interlocutoires, ou même pourquoi d'autres règles de procédure provinciales ne pourraient pas être adoptées, comme on a tenté de le faire dans l'arrêt *Lafleur*. J'estime que, sauf s'il y a adoption par le fédéral, cela est inacceptable sur le plan constitutionnel. Ce n'est certainement pas pratique. En matière de procédure et, plus particulièrement en matière de procédure criminelle, il importe de savoir ce qui devrait être fait ensuite. C'est sans doute pourquoi le Parlement a adopté une procédure complète en vertu du *Code criminel*, et c'est pourquoi il a adopté cette procédure aux fins d'appliquer les dispositions pénales qui figurent dans d'autres lois, dont la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge Fauteux, dans l'arrêt *Lafleur*, précité, décrit bien la nature de cette procédure, aux pp. 418 et 419:

Il est manifeste cependant que, particulièrement en ce qui a trait à la procédure, le droit criminel, prévalant jusqu'en 1867 dans les diverses juridictions territoriales depuis réunies pour constituer ce qui est maintenant la juridiction territoriale de la Confédération canadienne, a considérablement évolué durant cette période bientôt séculaire. Cette évolution, orientée vers l'uniformité d'un droit criminel canadien, s'est accomplie par des changements résultant expressément ou implicitement de diverses dispositions législatives successivement adoptées au cours des ans par le Parlement. Ce droit perfectionné, non pas par de simples refontes (consolidations), mais par deux codifications, apparaît aujourd'hui dans cet ensemble de dispositions législatives que le Parlement a systématiquement réunies dans un seul

of additions, deletions and amendments as well as changes in structure. The relative interdependence of the provisions in diversified parts of the *Criminal Code* has already been noted in *Welch v. The King* . . . [1950] S.C.R. 412 at p. 427, where, referring to the powers conferred by s. 873 on the Attorney-General, this Court said:

Like many others in the Code, they remain subject to qualifications and restrictions implicitly and necessarily flowing from other provisions in the same Act.

The same considerations, in my view, apply to qualifications and restrictions made, as contemplated in s. 34(2) of the *Interpretation Act*, by other Acts for which the procedure has been adopted. One would in any event be led to this conclusion by the inherent nature of appeals. In *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412, Fauteux J., speaking for the majority, thus described the nature of appeals, at p. 428:

The right of appeal is an exceptional right. That all the substantive and procedural provisions relating to it must be regarded as exhaustive and exclusive, need not be expressly stated in the statute. That necessarily flows from the exceptional nature of the right.

More recently, McIntyre J. in *Meltzer, supra*, at pp. 1769-70, made it clear (citing with approval a passage from Laycraft C.J.A. in *R. v. Cass* (1985), 71 A.R. 248) that a provincial statute or rule of court relating to civil matters that purported to govern an appeal from a criminal law matter would be *ultra vires*.

Nor are Canadian courts alone in resisting an admixture of civil and criminal procedure. The British courts have done the same, a fact that is all the more significant because Great Britain is a unitary state and because criminal procedure in that country is in no way limited to situations that would in Canada be considered criminal for constitutional purposes (the British approach is amply discussed in *Storgoff*). The practical considerations

corps — le *Code criminel* de 1953 — après avoir apporté au *Code criminel* précédent des additions, soustractions, modifications, aussi bien que des changements dans la structure. La relative interdépendance des dispositions ainsi que des diverses parties du *Code criminel* a déjà été notée dans *Welch v. The King*, [1950] R.C.S. 412, à la p. 427, où référant, dans l'espèce, aux pouvoirs conférés au Procureur Général à l'art. 873, cette Cour disait:

[TRADUCTION] Comme de nombreuses autres dispositions du Code, elles demeurent assujetties aux réserves et aux restrictions qui découlent implicitement et nécessairement des autres dispositions de cette loi.

À mon avis, les mêmes considérations s'appliquent aux réserves et aux restrictions établies, comme le prévoit le par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, par d'autres lois pour l'application desquelles la procédure a été adoptée. On arriverait de toute façon à cette conclusion en raison de la nature inhérente des appels. Dans l'arrêt *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412, le juge Fauteux, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, décrit ainsi la nature des appels, à la p. 428:

[TRADUCTION] Le droit d'appel est un droit exceptionnel. Il n'est pas nécessaire de préciser dans la loi que toutes les dispositions sur les plans du fond et de la procédure qui s'y rattachent doivent être tenues pour exhaustives et exclusives. Cela découle nécessairement de la nature exceptionnelle du droit.

Plus récemment, aux pp. 1769 et 1770 de l'arrêt *Meltzer*, précité, le juge McIntyre a affirmé clairement (en citant et en approuvant un extrait des propos du juge en chef Laycraft dans *R. c. Cass* (1985), 71 A.R. 248) qu'une loi ou une règle de pratique provinciale en matière civile qui viserait à régir un appel en matière de droit criminel serait inconstitutionnelle.

Les tribunaux canadiens ne sont pas non plus les seuls à s'opposer à un mélange de procédure civile et criminelle. Les tribunaux britanniques ont fait la même chose, ce qui est d'autant plus révélateur que la Grande-Bretagne est un État unitaire et que la procédure criminelle n'y est pas limitée aux situations qui, au Canada, seraient considérées comme criminelles à des fins constitutionnelles (le point de vue britannique est examiné à fond dans

to which I have referred earlier underlie this approach.

It is certainly a matter of concern that there appears to be no general procedure for quashing search warrants issued under the *Income Tax Act*, but assuming that is so, I do not think that makes resort to the provincial procedure constitutionally permissible. The courts have, it is true, at times turned to civil procedure to assist in formulating rules in criminal matters, but as McIntyre J. emphasized in *Meltzer, supra*, at p. 1770, “[t]he fact that a procedural step deriving from civil practice was employed to meet this problem cannot be said to have converted the matter into anything approaching a civil appeal.” In short, the rule discussed in *Meltzer* was simply a rule of criminal procedure, though it was no doubt inspired by its counterpart in civil procedure. I must confess to finding it strange that this Court would find it necessary to incorporate provincial civil procedure on appeals into federal criminal procedure to remedy the alleged defect to protect a person who is the object of a search under an income tax statute when it has shown itself to be unwilling to make such an implication in relation to *habeas corpus*, which not only has a civil component but involves the liberty of the subject. It also overlooks the policy referred to in *Seaboyer, supra*, against importing appeals into interlocutory matters. As Cory J. put it in *Knox Contracting, supra*, at pp. 353-54:

In summary, the issuance of search warrants is an interlocutory procedure. Appeals from interlocutory orders by the parties in criminal proceedings must be based upon a statutory provision. No such statutory provision exists and thus no appeal lies to the Court of Appeal. It is appropriate that the *Code* provides no avenue for appeal from these procedures, as such appeals are neither desirable nor necessary and should not, as a

l’arrêt *Storgoff*). Les considérations pratiques dont j’ai déjà parlé sont à la base de ce point de vue.

Le fait qu’il ne semble pas y avoir de procédure générale applicable pour annuler des mandats de perquisition décernés en vertu de *Loi de l’impôt sur le revenu* est sûrement préoccupant, mais à supposer que ce soit le cas, je ne crois pas que cela rende constitutionnellement acceptable le recours à la procédure provinciale. Il est vrai que les tribunaux ont parfois eu recours à la procédure civile pour formuler des règles en matière criminelle, mais comme le juge McIntyre le souligne, à la p. 1770 de l’arrêt *Meltzer*, précité: «[o]n ne peut pas dire que le fait d’avoir eu recours à une démarche procédurale tirée de la pratique civile pour régler ce problème a transformé l’affaire en quelque chose qui s’apparente à un appel de nature civile.» Bref, la règle examinée dans *Meltzer* était simplement une règle de procédure criminelle, même s’il ne fait pas de doute qu’elle s’inspirait de la règle correspondante en matière de procédure civile. Je dois reconnaître qu’il serait étrange que notre Cour juge nécessaire d’incorporer la procédure civile provinciale applicable aux appels dans la procédure criminelle fédérale pour remédier au prétendu manque de protection de la personne qui fait l’objet d’une perquisition fondée sur une loi de l’impôt sur le revenu, alors qu’elle ne s’est pas montrée disposée à le faire relativement à un bref d’*habeas corpus* qui non seulement comporte un élément de procédure civile mais encore touche la liberté d’une personne. Cela ne tient pas compte non plus du principe mentionné dans l’arrêt *Seaboyer*, précité, selon lequel il ne doit pas y avoir d’appels en matière interlocutoire. Comme l’affirme le juge Cory dans l’arrêt *Knox Contracting*, précité, aux pp. 353 et 354:

Bref, la délivrance de mandats de perquisition constitue une procédure interlocutoire. Les appels contre les ordonnances interlocutoires par les parties en matière de procédures criminelles doivent être fondés sur une disposition législative. Une telle disposition législative n’existe pas et, par conséquent, il ne peut y avoir d’appel devant la Cour d’appel. Il est opportun que le *Code* ne prévoie aucun moyen d’appel contre ces procédures, car ces appels ne sont ni souhaitables ni nécessaires et ne devraient pas, en règle générale, être encouragés.

general rule, be encouraged. See *Mills v. The Queen*, *supra*, and *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764.

Matters of this kind are best dealt with at trial. Any other course invites delay.

I should observe that there are a number of pre-trial remedies available to a person who has been the subject of a search. I have earlier referred to s. 231.3(7) which provides for review. Under this provision, a judge may order the return of anything seized that is not required for an investigation or a criminal prosecution or was not seized in accordance with the warrant or s. 231.3. Cory J. refers to other possibilities in his reasons in *Knox Contracting* in the following passage, at p. 353:

This does not mean that an accused is left without remedies. Wide powers are provided in the *Criminal Code* for a person from whom articles are seized pursuant to a search warrant to make a speedy application for their return. See *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 490(7), (8), (10) and (17). If the matter should proceed to trial then of course the accused may attack the search warrant in any way he considers appropriate, including the allegation that it infringes the provisions of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If, for any reason, the matter should not go to trial, a party may still seek civil damages for compensation. No injustice arises from the absence of a right to appeal the order issuing the search warrants.

The "Anomaly"

I will now comment on the "anomaly" that different rights of appeal may exist depending on whether a search warrant is sought before a judge of a provincial superior court or a judge of the Federal Court.

But, before arriving at any conclusion about what a court should do in the face of this alleged anomaly, one should examine the relevant policies behind the legislation. I should first of all say that the principal forum for the operation of criminal procedure is, of course, in the provincial court sys-

Voir les arrêts *Mills c. La Reine*, précité, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764.

C'est au procès que des questions de ce genre peuvent être le mieux réglées. Toute autre ligne de conduite est susceptible d'entraîner des retards.

Je ferais remarquer qu'il existe un certain nombre de recours préalables au procès dont peut bénéficier une personne qui a fait l'objet d'une perquisition. J'ai déjà mentionné le par. 231.3(7) qui établit un processus d'examen. En vertu de cette disposition, le juge peut ordonner la restitution de toute chose saisie qui n'est pas nécessaire à une enquête ou à une procédure criminelle, ou qui n'a pas été saisie conformément au mandat ou à l'art. 231.3. Le juge Cory mentionne d'autres possibilités à la p. 353 de l'arrêt *Knox Contracting*:

Cela ne veut pas dire que l'accusé est sans recours. Le *Code criminel* prévoit des pouvoirs étendus afin de permettre à la personne dont les articles sont saisis conformément à un mandat de perquisition de demander rapidement qu'ils lui soient retournés. Voir *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 490(7), (8), (10) et (17). Si l'affaire doit donner lieu à un procès alors, évidemment, l'accusé peut contester le mandat de perquisition de la manière qu'il juge convenable, y compris l'allégation qu'il viole les dispositions de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si, pour une raison quelconque, l'affaire ne doit pas donner lieu à un procès, une partie peut toujours chercher à obtenir des dommages-intérêts civils à titre de réparation. Aucune injustice ne découle de l'absence d'un droit d'interjeter appel contre une ordonnance portant délivrance des mandats de perquisition.

L'«anomalie»

Je vais maintenant formuler des observations sur le fait qu'il serait «anormal» que le droit d'appel puisse différer selon que le mandat de perquisition est demandé devant un juge d'une cour supérieure provinciale ou un juge de la Cour fédérale.

Toutefois, avant de conclure quoi que ce soit sur ce qu'un tribunal devrait faire face à cette prétendue anomalie, il y a lieu d'examiner les principes pertinents qui sous-tendent la mesure législative. Je devrais d'abord préciser que c'est bien entendu par l'intermédiaire des tribunaux provinciaux que

tem, and there no appeal is provided. The likelihood is that Parliament did not really advert to the different procedures in the two courts. The right of appeal to the Federal Court of Appeal was not tailored to the needs of the criminal justice process, as it was in respect of criminal procedure in the provincial courts. Rather the provision for appeal in the Federal Court is a general one intended to meet the needs of the ordinary jurisdiction of that court, the major function of which is to deal with questions of a civil and administrative character and other matters peculiarly of federal concern, rather than the criminal justice process where different considerations may come into play. In short, the anomaly may lie in the assumption that a right of appeal to the Federal Court of Appeal exists. For there are strong reasons of policy for not providing appeals from interlocutory decisions in criminal proceedings generally. While I quite understand the temptation to read in a right of appeal in this case for the sake of consistency, I am deeply concerned about the general implications of courts of appeal reading in rights of appeals and other procedures into criminal proceedings. I might also note that there may still be an issue of the appropriate role for appellate review of the issue of search warrants by the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. It would amount to an unusual venture of the Federal Court of Appeal into the realm of what is largely criminal procedure.

There is another factor that must be kept in mind. I am not, as I shall indicate later, completely certain that the judge issuing the warrant was intended to entertain a constitutional question of the kind raised here. If so, there could be no appeal from that question and, in any event, since the issues with which the judge deals in performing

se fait principalement l'application de la procédure criminelle, et que là aucun appel n'est prévu. Le Parlement n'a probablement pas vraiment tenu compte des procédures différentes des deux cours de justice. Le droit d'appel à la Cour d'appel fédérale n'a pas été adapté aux besoins du processus de justice criminelle, comme il l'a été à l'égard de la procédure criminelle appliquée par les cours provinciales. Au contraire, la disposition qui prévoit un appel à la Cour fédérale est générale et vise à répondre aux besoins liés à la compétence ordinaire de cette cour qui a pour fonction principale d'examiner des questions de nature civile et administrative et d'autres questions qui intéressent particulièrement le fédéral, plutôt qu'à ceux liés au processus de justice criminelle où des considérations différentes peuvent intervenir. Bref, l'anomalie peut tenir à la supposition qu'il existe un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale. En effet, il y a de sérieuses raisons de principe de ne pas prévoir des appels contre des décisions interlocutoires dans les procédures criminelles en général. Même si je comprend très bien que l'on soit tenté de considérer qu'il existe un droit d'appel en l'espèce, pour des motifs d'uniformité, je m'inquiète grandement des répercussions générales que peut avoir la décision des cours d'appel d'introduire des droits d'appel et d'autres procédures dans les poursuites criminelles. Je pourrais également souligner qu'il est encore possible de s'interroger sur le rôle approprié de l'examen en appel de la question des mandats de perquisition par la Cour d'appel fédérale conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Cela représenterait une incursion inusitée de la Cour d'appel fédérale dans ce qui constitue surtout de la procédure criminelle.

Il faut également avoir à l'esprit un autre facteur. Comme je l'indiquerai plus loin, je ne suis pas tout à fait sûr que l'on a voulu que le juge appelé à décerner le mandat ait à se prononcer sur une question constitutionnelle comme celle soulevée en l'espèce. Dans l'affirmative, cette question ne pourrait pas faire l'objet d'un appel et, de toute façon, puisque les questions sur lesquelles le juge se prononce dans l'exercice de ses fonctions, sont

his functions are of a factual nature, there is little, if any, room for an appeal at all.

In view of all these unanswered questions, it would be unsafe in the absence of argument to simply assume that the general right of appeal set forth in the *Federal Court Act* applies to a proceeding provided in a separate statute that is a mere adjunct to a general system of criminal procedure where appeals of this nature are not provided. If one reads all the relevant legislative provisions harmoniously in accordance with their underlying purpose, it is certainly arguable that Parliament did not intend by this minor grant of jurisdiction to the Federal Court (in what is for it an untypical jurisdiction) to have had in contemplation the general right of appeal devised for quite different types of proceedings. There may, in other words, be no anomaly at all.

I should add that there is nothing in *Baron v. Canada, supra*, that touches the matter. That case involved an action for a declaration which was clearly subject to appeal. At all events, no issue of jurisdiction was raised in that case.

The Declaration of Unconstitutionality

Since I agree with my colleague that the appellants should be permitted to pursue their action for a declaration, I can be brief.

The action for a declaration ultimately rests in the inherent powers of the Court of Chancery (see *Taylor v. Attorney-General* (1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164; and *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, at p. 538), but the courts were for many years very wary about exercising it; see I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), at pp. 7-9. Two judicial policies seemed to effectively prevent the use of the declaration: first, the discretion to refuse the declaration where other remedies were available, and second, the refusal to grant the declaration where no other relief was sought. Statutory reform provided the initial impetus to free the use of the declaration by removing the second barrier. In England, statutory

de nature factuelle, il n'y a guère de place pour un appel.

Compte tenu de toutes ces questions non résolues, il serait risqué, en l'absence de plaidoirie, de supposer simplement que le droit général d'appel énoncé dans la *Loi sur la Cour fédérale* s'applique à une procédure prévue dans une loi distincte qui vient simplement compléter le régime général de procédure criminelle, dans lequel les appels de cette nature ne sont pas prévus. Si on interprète toutes les dispositions législatives pertinentes d'une manière harmonieuse avec leur objet sous-jacent, on peut certainement soutenir que le Parlement n'a pas, par cette attribution mineure de compétence à la Cour fédérale (qui constitue pour elle une compétence inhabituelle), envisagé d'accorder le droit général d'appel conçu pour des types tout à fait différents de poursuites. En d'autres termes, il se peut qu'il n'y ait aucune anomalie.

Je devrais ajouter que l'arrêt *Baron c. Canada*, précité, ne touche aucunement cette question. Dans cette affaire, il s'agissait d'une action en jugement déclaratoire, qui pouvait clairement faire l'objet d'un appel. En tout état de cause, aucune question de compétence n'a été soulevée dans cette affaire.

La déclaration d'inconstitutionnalité

Puisque je conviens avec mon collègue que les appelants devraient être autorisés à intenter une action en jugement déclaratoire, je serai bref.

L'action en jugement déclaratoire repose en fin de compte sur les pouvoirs inhérents de la Cour de chancellerie (voir *Taylor c. Attorney-General* (1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164, et *Guaranty Trust Co. of New York c. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, à la p. 538); toutefois, les tribunaux ont pendant de nombreuses années beaucoup hésité à exercer leur pouvoir inhérent en la matière; voir I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), aux pp. 7 à 9. Deux principes judiciaires semblaient empêcher effectivement le recours au jugement déclaratoire: premièrement, le pouvoir discrétionnaire de refuser le jugement déclaratoire lorsque d'autres recours étaient possibles et, deuxièmement, le refus d'accorder le jugement déclaratoire

changes culminated in Order 25, rule 5, adopted in 1883 which provided that a declaration could be given even when no other relief was sought. Statutory provisions to the same effect now exist in all Canadian jurisdictions; in British Columbia, it appears in the *Rules of Court*, r. 5(22). Partly in response to the statutory changes, the courts came to realize the value of the declaration as a remedy in the modern law; see Zamir, *supra*, at pp. 4-6. The landmark decision of *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410, signalled the awareness in the courts of the utility of the declaration as a remedy for contesting Crown actions. This proved of great value in Canada as a means of determining whether laws fell within federal or provincial powers; see *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, and it seems quite natural that it should also be used as a means of testing the conformity of legislation with the *Charter* in appropriate cases.

In my view, the action can appropriately be used here. Since the declaration by its nature merely states the law without changing anything (see B. L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts* (3rd ed. 1988)), it does not, in essence, constitute a review of a decision taken in a criminal proceeding.

It by no means follows, however, that the declaratory judgment should be widely used as a separate collateral procedure to, in effect, create an automatic right of appeal where Parliament has, for sound policy reasons, refused to do so. It must be remembered that the inherent power of the courts to declare laws invalid is a discretionary one, and that discretion must be used on a proper basis. If the power is routinely used whenever any particular step in a criminal proceeding is thought to be unconstitutional, it would result in bringing

lorsqu'aucune autre réparation n'était demandée. La réforme législative a donné l'élan initial à la libéralisation du recours au jugement déclaratoire en supprimant le second obstacle. En Angleterre, les changements législatifs ont abouti à l'adoption, en 1883, de l'ordonnance 25, règle 5, qui prévoyait qu'un jugement déclaratoire pouvait être accordé même dans le cas où aucune autre réparation n'était demandée. Des dispositions législatives dans le même sens existent maintenant dans tous les ressorts canadiens; en Colombie-Britannique, elle figure au par. 5(22) des *Rules of Court*. Suite en partie à ces changements législatifs, les tribunaux en sont venus à réaliser l'utilité du jugement déclaratoire comme réparation dans le droit moderne; voir Zamir, *op. cit.*, aux pp. 4 à 6. La décision marquante *Dyson c. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410, a indiqué la conscience qu'ont les tribunaux de l'utilité du jugement déclaratoire comme recours pour contester des actes de l'État. Cela s'est avéré fort utile au Canada pour déterminer si une loi relevait de la compétence fédérale ou provinciale; voir l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; et il semble tout à fait naturel de s'en servir pour vérifier si une loi s'harmonise avec la *Charte* lorsque cela est indiqué.

À mon avis, l'action en jugement déclaratoire peut être intentée à bon droit en l'espèce. Puisque, de par sa nature, le jugement déclaratoire énonce simplement le droit applicable sans rien changer (voir B. L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts* (3^e éd. 1988)), il ne constitue pas, au fond, un contrôle d'une décision prise dans le cadre de poursuites criminelles.

Toutefois, il ne s'ensuit absolument pas que le jugement déclaratoire devrait être généralement utilisé comme procédure incidente distincte pour en fait créer un droit d'appel automatique dans les cas où le Parlement a, pour des raisons de principe valables, refusé de le faire. Il faut se rappeler que le pouvoir inhérent des tribunaux d'invalider une loi est un pouvoir discrétionnaire qui doit être utilisé judicieusement. Si ce pouvoir était utilisé systématiquement chaque fois que l'on croit qu'une étape particulière d'une poursuite criminelle est

through the back door all the problems Parliament sought to avoid by restricting appeals.

The policy concern against allowing declarations, even of unconstitutionality, as a separate and overriding procedure is that they will, in many cases, result in undesirable procedural overlap and delay. As long as a reasonably effective procedure exists for the consideration of constitutional challenges, I fail to see why another procedure must be provided. This is consistent with the discretion to grant the declaratory remedy in its traditional use (see Zamir, *supra*, c. 6; *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94). It is also consistent with the practice in respect of public interest standing declarations, where the courts are concerned that there be no other reasonable and effective way to bring the issue before the courts; see *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

The question then becomes whether there is a reasonably effective procedure. In the present state of the law, I do not think there is. While s. 231.3(7) and other procedures afford a measure of protection to the appellants, they do not fully respond to the concern that there is no adequate statutory provision for constitutional review of a search warrant. This may be contrasted with the situation after an accused has been charged. When the trial process begins, there will be a "competent court", the trial judge, to deal with *Charter* applications and, where necessary, special problems can be dealt with by interventions under s. 24(1) by another superior court judge; see *Rahey and Smith, supra*. At that stage, there must be few circumstances indeed when an accused should be permitted to pursue an action for a declaration, though it has proved useful as a tool by persons other than the accused whose constitutional rights are directly affected by a decision taken in the course of criminal proceedings; see *Re Southam Inc. and The*

inconstitutionnelle, cela reviendrait à soulever indirectement tous les problèmes que le Parlement a cherché à éviter en restreignant les appels.

La raison de principe, pour laquelle on ne veut pas que les jugements déclaratoires, même d'inconstitutionnalité, deviennent une procédure distincte et dominante est que, dans de nombreux cas, ils entraîneront un chevauchement et des retards peu souhaitables en matière procédurale. Dans la mesure où il existe une procédure raisonnablement efficace d'examen des contestations constitutionnelles, je ne vois pas pourquoi il faut en établir une autre. Cela est compatible avec le pouvoir discrétionnaire d'accorder le jugement déclaratoire à ses fins traditionnelles (voir Zamir, *op. cit.*, ch. 6; *Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94). Cela est également compatible avec la pratique relative aux jugements déclaratoires reconnaissant la qualité pour agir dans l'intérêt public, où les tribunaux craignent qu'il n'y ait aucun autre moyen raisonnable et efficace de leur soumettre la question en litige; voir *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Il faut alors se demander s'il existe une procédure raisonnablement efficace. Compte tenu de l'état actuel du droit, je ne le crois pas. Bien que le par. 231.3(7) et d'autres procédures offrent aux appelants une certaine protection, ces modalités ne permettent pas de dissiper entièrement la crainte qu'il n'existe pas de disposition législative appropriée qui permette d'examiner la constitutionnalité d'un mandat de perquisition. Cela peut se comparer à la situation qui existe après qu'une accusation a été portée contre une personne. Une fois le procès commencé, «un tribunal compétent», le juge de première instance, examine les demandes fondées sur la *Charte* et, au besoin, les problèmes particuliers peuvent être résolus par un autre juge d'une cour supérieure au moyen d'interventions fondées sur le par. 24(1); voir *Rahey et Smith*, précités. À ce stade, il devrait en fait y avoir peu de circonstances où un accusé devrait pouvoir intenter une action en jugement déclaratoire, quoique cela se soit avéré utile aux personnes autres que l'accusé

Queen (No. 1) (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557 (C.A.).

It is different at the pre-trial stage. Where a search is being conducted, as in this case, there is no trial judge and unlike the situation after the charge, no express *Charter* guarantee that proceedings must take place within a reasonable time. An investigation can go on indefinitely in continuing breach (if the search provisions are unconstitutional) of the appellants' *Charter* rights for an extensive period. The property of the individual subject to the search may remain in the custody of the state for a protracted period in violation of *Charter* norms.

In ordinary criminal cases, the problem presented in this case does not arise. Power to issue search warrants under s. 487 of the *Criminal Code* is vested in a justice of the peace and, accordingly, *certiorari* may issue from a superior judge to test the legality of the procedure, and if found invalid, the warrant may be quashed and any items seized must be returned. The difficulty here is that the power to issue a search warrant under the *Income Tax Act* is vested in a superior court judge and at common law a decision of a superior court judge cannot be the subject of collateral attack.

The judge issuing the warrant is not in a position to review for constitutionality at an *ex parte* hearing, and I rather doubt that the judge, or another judge acting for him, could do so on a *Wilson* type review: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. Neither *Wilson* nor *Meltzer* is clear on this point.

dont les droits constitutionnels étaient directement touchés par une décision prise dans le cadre de procédures criminelles; voir *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557 (C.A.).

La situation est différente à l'étape préalable au procès. Lorsqu'une perquisition est effectuée, comme en l'espèce, il n'y a pas de juge du procès et, contrairement à la situation qui existe après qu'une accusation est portée, il n'existe aucune garantie explicite de la *Charte* que les poursuites seront engagées dans un délai raisonnable. Une enquête peut se poursuivre indéfiniment en violation (à supposer que les dispositions en matière de perquisition soient inconstitutionnelles) des droits garantis aux appelants par la *Charte*. Les biens de la personne qui a fait l'objet de la perquisition peuvent demeurer sous la garde de l'État pendant une très longue période contrairement aux normes de la *Charte*.

Dans les affaires criminelles ordinaires, le problème qui surgit ici ne se pose pas. Le pouvoir de décerner un mandat de perquisition en vertu de l'art. 487 du *Code criminel* appartient à un juge de paix et, en conséquence, un juge de cour supérieure peut délivrer un bref de *certiorari* afin de vérifier la légalité d'une procédure; si cette procédure est jugée non valide, le mandat peut être annulé et les articles saisis doivent être restitués. En l'espèce, la difficulté réside dans le fait que c'est un juge de cour supérieure qui a le pouvoir de décerner un mandat de perquisition en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'en common law la décision d'un tel juge ne saurait être attaquée indirectement.

Le juge appelé à décerner le mandat n'est pas en mesure de procéder à un examen de la constitutionnalité lors d'une audition *ex parte*, et je doute que ce juge ou un autre juge agissant pour lui puisse le faire à la suite d'une demande d'examen de type *Wilson*; voir *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. Ni l'arrêt *Wilson*, ni l'arrêt *Meltzer* ne sont clairs sur ce point.

The limited function of the judge and the manner in which it must be performed, along possibly with the fact that it is the kind of function ordinarily assigned to a justice, may invite this construction. I note that this Court has held that, absent legislation, an extradition judge, who performs a function similar to a justice at a preliminary hearing, has no jurisdiction to entertain *Charter* challenges: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536. The fact that an extradition judge is usually a superior court judge does not alter the matter. But even assuming that the judge is competent to review the warrant and the empowering legislation on the basis of constitutionality, I do not think that would be a sufficiently effective remedy to bar resort to an action for a declaration. I say this because the judge's decision could not be collaterally attacked at trial since it would be *res judicata* for a trial judge and could not then be raised in appeals from the initial decision (see *Meltzer*). The end result, then, is that the appellants could well be convicted on the basis of an unconstitutional statute, without opportunity of review, and so be deprived of the full measure of constitutional protection that is afforded in a prosecution under the *Criminal Code* for even the vilest offence. The appellants would thus be caught between allowing the Crown to retain their property indefinitely or lose the opportunity of having the impugned provision tested on appeal in the ordinary way. The same scenario would follow by resorting to s. 24(1) of the *Charter*; see *Mills* and *Meltzer*, *supra*. Since the decision of the judge would appear to be a final one, it would, I should think, be open to appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26 (see *Argentina v. Mellino*, *supra*, at pp. 545-57), but such an appeal, of course, can only be obtained with leave.

My colleague, Sopinka J., feels there must be a remedy. I share that sentiment. Like him, I think it appropriate to permit the appellants to pursue an action for a declaration. Since the action for a dec-

La fonction restreinte du juge et la façon dont elle doit être exercée, et peut-être le fait que ce soit le genre de fonction habituellement confiée à un juge, peuvent inciter à donner cette interprétation. Je souligne que notre Cour a conclu qu'en l'absence de mesure législative en ce sens, un juge d'extradition, qui exerce une fonction semblable à celle du juge à l'enquête préliminaire, ne possède aucune compétence pour entendre les contestations fondées sur la *Charte*: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536. Le fait qu'un juge d'extradition soit normalement un juge de cour supérieure ne change rien. Toutefois, même à supposer que le juge soit compétent pour examiner la constitutionnalité du mandat et de la mesure législative habilitante, je ne crois pas que cela représente une réparation suffisamment efficace pour interdire le recours à une action en jugement déclaratoire. J'affirme cela parce que la décision du juge ne pourrait pas être attaquée indirectement au procès étant donné que le juge du procès la considérerait comme chose jugée, et qu'elle ne pourrait pas alors être soulevée au cours d'un appel interjeté contre la décision initiale (voir *Meltzer*). Il s'ensuit donc que les appelants pourraient bien être déclarés coupables sur le fondement d'une loi inconstitutionnelle, sans possibilité de contrôle, et se trouver ainsi privés de la pleine protection constitutionnelle offerte dans le cas de poursuites engagées en vertu du *Code criminel*, même pour l'infraction la plus ignoble. Les appelants devraient alors choisir entre autoriser l'État à conserver leurs biens indéfiniment ou perdre la chance de faire examiner en appel de la manière ordinaire la disposition contestée. Le même scénario s'ensuivrait si on recourait au par. 24(1) de la *Charte*; voir les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités. Puisque la décision du juge semblerait être définitive, je penserais qu'elle pourrait faire l'objet d'un appel devant notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26 (voir l'arrêt *Argentine c. Mellino*, précité, aux pp. 545 à 557), mais il va sans dire que cet appel nécessite une autorisation.

Selon mon collègue le juge Sopinka, il doit y avoir un recours. Je suis aussi de cet avis. Comme lui, j'estime qu'il convient de permettre aux appelants d'intenter une action en jugement déclara-

laration is a discretionary remedy, however, I think it would be proper for a judge, in the exercise of his or her discretion, to consider the specific circumstances presented and to refuse to entertain the action if satisfied that criminal proceedings against the accused would be initiated within a reasonable time. This would avoid the overlap and delay that have been among the major informing considerations in devising the rules for the governance of the discretion to allow or not to allow an action for a declaration to proceed.

I conclude that a declaration should issue declaring s. 231.3 of the *Income Tax Act* and the search warrant issued thereunder to be of no force or effect. While the officials can be relied on to return the goods in light of this declaration, I would further order the return of the goods and copies as consequential relief, in order to make effective this declaration; see *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at pp. 329-31.

Another Remedy

I stated earlier that, at this stage of the proceedings, an action for a declaration is an appropriate and just remedy. I leave open the possibility, however, that *certiorari* might have issued. That would leave little room for the exercise of the discretion to permit a declaratory action. I realize, of course, that at common law *certiorari* does not lie against a decision of a superior court judge, and that there are very sound reasons for this rule. But, it must not be forgotten that what is alleged here is a breach of a constitutional right which may call for an adaptation of the inherent powers of a superior court to make the procedure conform to constitutional norms. The courts are the guardians of the Constitution and they must have the powers to forge the instruments necessary to maintain the integrity of the Constitution and to protect the rights it guarantees. In *Mills*, *supra*, at pp. 971-72,

toire. Toutefois, puisque cette action est un recours discrétionnaire, je crois qu'il conviendrait que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, un juge examine les circonstances particulières présentées et refuse d'instruire l'action s'il est convaincu que les procédures criminelles contre l'accusé seront intentées dans un délai raisonnable. Cela permettrait d'éviter le chevauchement et les retards qui ont été parmi les principaux facteurs sous-jacents dont on a tenu compte en établissant les règles régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de permettre ou de refuser qu'une action en jugement déclaratoire soit intentée.

Je conclus qu'il y a lieu de déclarer inopérants l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le mandat de perquisition décerné sous son régime. Même si on peut compter sur les fonctionnaires pour restituer les biens à la lumière du présent jugement déclaratoire, j'ordonnerais en outre la restitution des biens et des copies à titre de réparation accessoire afin de rendre efficace ce jugement déclaratoire; voir *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, précité, aux pp. 329 à 331.

Une autre réparation

J'ai déjà affirmé qu'à ce stade des procédures une action en jugement déclaratoire est un recours convenable et juste. Cependant, je n'écarte pas le point de vue selon lequel un bref de *certiorari* aurait pu être délivré. Cela laisserait peu de place à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de permettre une action en jugement déclaratoire. Il va sans dire que je me rends compte du fait qu'en common law un bref de *certiorari* ne peut être délivré à l'encontre de la décision d'un juge de cour supérieure, et que cette règle repose sur des raisons très valables. Cependant, il ne faut pas oublier que ce qu'on allègue ici est la violation d'un droit constitutionnel qui peut exiger une adaptation des pouvoirs inhérents d'une cour supérieure de rendre la procédure conforme aux normes constitutionnelles. Les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et ils doivent avoir les pouvoirs de forger les instruments nécessaires pour préserver l'intégrité de la Constitution et protéger les droits qu'elle garantit. Aux pages 971 et 972 de l'arrêt

I expressed my general approach to questions like these in words that are apt here:

It should be obvious from the foregoing remarks that I am sympathetic to the view that *Charter* remedies should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. I do not believe s. 24 of the *Charter* requires the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice.

Nonetheless, it is the *Charter* that governs, and if the ordinary procedures fail to meet the requirements of the *Charter* fully, then a means must be found to give it life. In *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, at p. 136, Holt C.J. instructs us that "it is a vain thing to imagine a right without a remedy". The problem does not directly arise here, of course, because the *Charter* by s. 24(1) provides that a court of competent jurisdiction may provide such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. But there must at all times be a court to enforce this remedy. The notion that the remedy must fail or be ineffective for lack of a competent court within the confines of the ordinary procedures for the administration of criminal justice can no more be imagined than can the notion of a right without a remedy.

Even before the advent of the *Charter*, this Court had asserted some constitutional limits to the power of legislative bodies to insulate from judicial review decision makers performing certain functions under statute; see *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, and *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147. In these *Charter* days, this may call for a consideration of the extent to which proceedings that involve the liberty and security of the individual can be insulated from prompt and effective review for constitutionality by the device of assigning to a superior court judge functions which for centuries have been performed by inferior court judges subject to judicial review and which, even today, are still performed by inferior court judges in the case of the most serious criminal offences. As I earlier mentioned, the

Mills, précité, j'ai exposé ma façon générale d'aborder des questions comme celles-ci dans des termes qui conviennent ici:

D'après ce qui précède, il doit être évident que je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'art. 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.

Néanmoins, c'est la *Charte* qui prédomine et, si les procédures ordinaires ne répondent pas pleinement à ses exigences, on doit alors trouver un moyen de lui donner vie. Dans la décision *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, à la p. 136, le juge en chef Holt nous dit: [TRADUCTION] «Il est vain d'imaginer un droit qui ne soit pas assorti d'une sanction.» Bien sûr, ce problème ne se pose pas directement en l'espèce parce que le par. 24(1) de la *Charte* autorise un tribunal compétent à accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Mais il doit toujours y avoir un tribunal compétent pour accorder cette réparation. La notion d'une réparation vouée à l'échec ou à l'inefficacité en raison de l'absence d'un tribunal compétent dans les limites des procédures ordinaires établies pour l'administration de la justice criminelle n'est guère plus concevable que la notion d'un droit sans moyen d'assurer sa protection.

Même avant l'avènement de la *Charte*, notre Cour avait affirmé qu'il existait certaines limites constitutionnelles au pouvoir d'organismes législatifs de soustraire au contrôle judiciaire les organismes décisionnels qui exercent certaines fonctions en vertu d'une loi; voir *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, et *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147. Maintenant que la *Charte* est en vigueur, cela peut exiger que l'on se demande dans quelle mesure les procédures qui mettent en cause la liberté et la sécurité de la personne peuvent être soustraites à un examen prompt et efficace de leur constitutionnalité au moyen de l'attribution à un juge de cour supérieure des fonctions qui, pendant des siècles, ont été exercées par des juges de cours inférieures sous réserve d'un contrôle judiciaire et qui, même aujourd'hui, sont

judge issuing the warrant is not really in a position to review for constitutionality at an *ex parte* hearing, and assuming that judge is competent to review the warrant and the empowering legislation for constitutionality later, the effect, since the judge's decision is unreviewable, is to deprive the individual of that full measure of constitutional protection which is afforded in a prosecution under the *Criminal Code* to even the vilest criminal.

A court must look at least askance at such a statutory scheme. I note parenthetically that there is at least one other instance where the actions of a superior court judge are made subject to judicial review. In extradition, the decision of the extradition judge, who is usually a superior court judge, is subject to review by *habeas corpus*. Moreover, this Court has held that, absent legislation, the reviewing judge, and not the extradition judge, is the court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*; see *Argentina v. Mellino*, *supra*.

I add one final word. I mentioned earlier that, at this stage of the proceedings, an action for a declaration was appropriate. It must be said, however, that *certiorari* generally appears to be a more suitable instrument for reviewing the constitutionality of the action. The procedure has been honed to that use for centuries. Those who operate in the criminal law area fully understand its workings. It is a more expeditious instrument, and its discretionary character is well known and adjustable to time and circumstance. It has the advantage, too, of being subject to a system of appeals carefully crafted and timed to meet the needs of the criminal justice system. I add that in view of Parliament's obvious intention to insulate review the discretion should be exercised in this kind of case subject to similar informing considerations as those discussed in relation to declaratory relief to avoid overlap and delay in proceedings. If this approach is adopted,

encore exercées par des juges de cours inférieures dans le cas des infractions criminelles les plus graves. Comme je l'ai déjà mentionné, le juge appelé à décerner le mandat n'est pas vraiment en mesure de procéder à un examen de la constitutionnalité lors d'une audience *ex parte* et, à supposer que ce juge soit compétent pour examiner par la suite la constitutionnalité du mandat et de la mesure législative habilitante, il en résulte, puisque la décision du juge ne peut faire l'objet d'un contrôle, que la personne est privée de la pleine mesure de protection constitutionnelle qui est offerte même au criminel le plus ignoble dans des poursuites fondées sur le *Code criminel*.

Une cour doit au moins regarder d'un œil désapprouvé un tel régime législatif. Je souligne, entre parenthèses, qu'il existe au moins un autre cas où les actes d'un juge de cour supérieure sont assujettis au contrôle judiciaire. En matière d'extradition, la décision du juge d'extradition, qui est habituellement un juge de cour supérieure, est sujette à un contrôle par voie d'*habeas corpus*. De plus, notre Cour a conclu qu'en l'absence de mesure législative en ce sens c'est le juge chargé du contrôle, et non le juge d'extradition, qui est le tribunal compétent aux fins du par. 24(1) de la *Charte*; voir *Argentine c. Mellino*, précité.

J'ajoute un dernier mot. J'ai déjà mentionné qu'à ce stade des procédures une action en jugement déclaratoire est convenable. Toutefois, il faut dire que le bref de *certiorari* semble généralement constituer un meilleur instrument pour examiner la constitutionnalité de l'action. La procédure a été perfectionnée à cette fin pendant des siècles. Ceux et celles qui œuvrent dans le domaine du droit criminel en saisissent parfaitement les rouages. C'est un instrument plus expéditif et sa nature discrétionnaire est bien connue et adaptable en fonction de l'époque et des circonstances. Il a aussi l'avantage d'être assujéti à un régime d'appels soigneusement conçu et chronométré pour répondre aux besoins du système de justice criminelle. J'ajoute que, compte tenu de l'intention manifeste du Parlement d'écarter tout contrôle, l'exercice du pouvoir discrétionnaire, dans ce genre de cas, devrait être assujéti aux mêmes facteurs sous-jacents que ceux

there would appear to be little use for the declaratory action in this context.

analysés relativement au jugement déclaratoire afin d'éviter un chevauchement et des retards dans les procédures. Si ce point de vue est adopté, l'action en jugement déclaratoire semblerait peu utile dans ce contexte.

Disposition

For the above reasons, I would, like my colleague, allow the appeal and set aside the judgments of the British Columbia Court of Appeal and the British Columbia Supreme Court, and would answer the constitutional question as follows:

Question: Whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, limits the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982*, 1982 (U.K.), c. 11, and is consequently of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982 (U.K.), c. 11.

Answer: Yes, in so far as s. 8 is concerned. It is not necessary to consider s. 7.

A declaration should issue declaring s. 231.3 of the *Income Tax Act* and the search warrant issued against the appellants on February 27, 1987 are of no force or effect. In addition, an order should issue for the return of all documents, books, records, papers and things seized together with any copies or notes that have been made thereof. The appellants are entitled to their costs throughout.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Although I was part of the minority in *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, I feel bound by the majority decision in that case and, accordingly, join Justice La Forest J.'s reasons in the present case.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de mon collègue, d'accueillir le pourvoi et d'annuler les décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, et de répondre ainsi à la question constitutionnelle:

Question: L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, limite-t-il les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), ch. 11, et est-il, par conséquent, inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), ch. 11?

Réponse: Oui, dans la mesure où l'art. 8 est visé. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'art. 7.

Il y a lieu de rendre un jugement déclarant inopérants l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le mandat de perquisition décerné contre les appelants le 27 février 1987. De plus, il y a lieu d'ordonner la restitution de tous les documents, livres, dossiers, papiers et éléments saisis ainsi que les extraits ou copies de ceux-ci. Des dépens sont accordés aux appelants dans toutes les cours.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Quoique je me sois ralliée à la minorité dans l'arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, je suis liée par la décision majoritaire dans cette cause. Je souscris, en conséquence, aux motifs du juge La Forest dans la présente instance.

The reasons of Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J.—

I. Introduction

This is the second of two decisions which concern the validity of search warrants under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (hereinafter “*ITA*”). The decisions arise in two appeals which were heard together. In the first decision, *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, I concluded that s. 231.3 *ITA* and the search warrants issued under the authority of that section violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were of no force or effect. The present appeal raises the identical substantive issue. It arises out of an attack on a search warrant issued by McEachern C.J.S.C. under s. 231.3 *ITA*. But the respondent contends that, notwithstanding that these appeals raise identical issues, we cannot come to the same conclusion nor provide the same relief in this appeal. This is because in *Baron* the Minister chose to apply to a Federal Court judge for the search warrant whereas in this case the Minister applied to the Chief Justice of the British Columbia Supreme Court in his capacity as a judge of a provincial supreme court. Relying on *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, the respondent says there was no appeal to the Court of Appeal and hence no appeal to this Court.

I conclude that our decision in *Knox Contracting* is not determinative in this case and that the Court of Appeal had the jurisdiction to hear the appeal. In this regard, I limit my discussion to the form of proceedings for which an appeal was actually sought in this case. The basic relief requested was a declaration that the relevant provisions of the *ITA* authorizing search and seizure violated s. 8 of the *Charter*. This was coupled with a motion to set aside the warrants and seizure and for return of the documents. This ancillary relief was premised on the authorizing legislation being declared inva-

Version française des motifs des juges Sopinka, McLachlin et Iacobucci rendus par

LE JUGE SOPINKA—

I. Introduction

Il s’agit du deuxième de deux arrêts qui concernent la validité de mandats de perquisition décernés en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (ci-après «*LIR*»). Les arrêts font suite à deux pourvois qui ont été entendus ensemble. Dans le premier arrêt, *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, j’ai conclu que l’art. 231.3 *LIR* et les mandats de perquisition décernés en application de celui-ci violaient l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et étaient inopérants. Le présent pourvoi soulève la même question de fond. Elle résulte de la contestation d’un mandat de perquisition décerné par le juge en chef McEachern en application de l’art. 231.3 *LIR*. Toutefois, l’intimé soutient que, même si ces pourvois soulèvent des questions identiques, nous ne pouvons arriver à la même conclusion ni accorder la même réparation en l’espèce. Il en est ainsi parce que, dans l’arrêt *Baron*, le Ministre a choisi de demander le mandat de perquisition à un juge de la Cour fédérale alors qu’en l’espèce il l’a demandé au juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en sa qualité de juge d’une cour suprême provinciale. L’intimé soutient, en invoquant l’arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, qu’aucun appel ne pouvait être interjeté devant la Cour d’appel et que, par conséquent, aucun pourvoi ne pouvait être formé devant notre Cour.

Je conclus que notre arrêt *Knox Contracting* n’est pas déterminant en l’espèce et que la Cour d’appel était compétente pour entendre l’appel. À ce sujet, mon analyse ne portera que sur la forme des procédures à l’égard desquelles on a effectivement cherché à interjeter appel en l’espèce. La réparation fondamentale qui a été demandée était un jugement déclarant que les dispositions pertinentes de la *LIR* autorisant les perquisitions et saisies contrevenaient à l’art. 8 de la *Charte*. Cela s’accompagnait d’une requête visant à obtenir l’annulation des mandats et de la saisie et la restitution

lid. For the reasons I gave in *Baron*, I conclude that the impugned provisions of the *ITA*, the warrants issued under them and the searches and seizures carried out on the strength of the warrants are inconsistent with s. 8 of the *Charter* and consequently of no force or effect, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

II. The Facts

The facts of the present case are fully set out in the reasons for decision of McKenzie J. in *Kourtessis v. M.N.R.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 200 (S.C.), 36 C.C.C. (3d) 304 (hereinafter *Kourtessis (Part 1)*), cited to C.C.C.). Following an investigation, officers of Revenue Canada formed the opinion that the appellants, Kourtessis and his company Hellenic Import-Export Co., had violated s. 239 *ITA* in that they were evading or attempting to evade the payment of taxes by making false and deceptive statements in income tax returns for the years 1979-1984. On October 22, 1986, Callaghan J. of the British Columbia Supreme Court issued warrants to search for and seize documents which could afford evidence of the alleged violations. These warrants were subsequently quashed by Proudfoot J. of the same court (as she then was) due largely to the Department's nondisclosure of material information in the affidavit material used before Callaghan J. In particular, the Department had failed to disclose that the investigators had been in contact with appellants' counsel who had offered to supply any further documentation that was required. The items that had been seized were not, however, returned to the appellants and on February 27, 1987 McEachern C.J.S.C. (as he then was) issued the search warrant challenged in this appeal for the seizure of relevant documents located at the Department's premises, subject to the conditions that everything seized would be

des documents. Cette réparation accessoire était assujettie à la condition que la mesure législative habilitante soit déclarée invalide. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Baron*, je conclus que les dispositions contestées de la *LIR*, les mandats décernés en application de celles-ci et les perquisitions et saisies effectuées sur la foi des mandats sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte* et qu'ils sont donc inopérants conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. Les faits

Les faits de la présente affaire sont exposés en détail dans les motifs de jugement du juge McKenzie dans *Kourtessis c. M.N.R.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 200 (C.S.), 36 C.C.C. (3d) 304 (ci-après *Kourtessis (partie 1)*), cité au C.C.C.). À la suite d'une enquête, les fonctionnaires de Revenu Canada sont arrivés à la conclusion que les appelants, Kourtessis et sa société Hellenic Import-Export Co., avaient violé l'art. 239 *LIR* en évitant de payer l'impôt ou en tentant de le faire au moyen de déclarations fausses et trompeuses dans leurs déclarations d'impôt sur le revenu relatives aux années 1979 à 1984. Le 22 octobre 1986, le juge Callaghan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décerné des mandats de perquisition et de saisie de documents susceptibles de constituer des éléments de preuve des violations alléguées. Ces mandats ont été par la suite annulés par le juge Proudfoot de la même cour (maintenant juge à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique) en grande partie parce que le Ministère avait omis de communiquer des renseignements importants dans les affidavits présentés au juge Callaghan. En particulier, le Ministère avait omis de révéler que les enquêteurs avaient communiqué avec l'avocat des appelants qui avait offert de fournir tous les documents supplémentaires qui étaient nécessaires. Toutefois, les éléments qui avaient été saisis n'ont pas été restitués aux appelants et, le 27 février 1987, le juge en chef McEachern de la Cour suprême (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique) a décerné le mandat de perquisition contesté en l'espèce en vue de saisir les documents pertinents situés dans les locaux du Ministère à la condition que tous les documents saisis soient mis

sealed and the appellants would have 30 days to challenge the warrant.

Within the 30-day period the appellants instituted proceedings in the British Columbia Supreme Court by way of originating petition challenging the warrant on constitutional and other grounds. The relief sought was an order:

(a) quashing the warrant issued by McEachern C.J.S.C.;

(b) quashing the search and seizure executed thereunder;

(c) declaring s. 231.3 *ITA* to be inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter* and consequently pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* of no force or effect;

(d) to return the items seized;

(e) to return all summaries, notes and outlines taken of the items seized;

(f) prohibiting the Department from using the items or copies, summaries, notes or outlines thereof or any information obtained therefrom; and

(g) to destroy all copies, summaries, notes and outlines of the items that were not for any reason returned to the appellants.

The non-constitutional grounds for the petition were summarized by McKenzie J. as follows in *Kourtessis (Part 1)*, *supra*, at pp. 310-11:

The [appellants argue] that the application for the second warrant [issued by McEachern C.J.S.C.] was an abuse of the court's process in that it was an attempt to relitigate issues which had been adversely and finally decided against the Crown by Proudfoot J., that it was in effect a disguised appeal from her order which cannot be entertained by another judge of the same court and that the application and information put before the Chief Justice alleges facts and raises issues which went to the root of the matter in the application before Proudfoot J.

sous scellés et que les appelants aient 30 jours pour contester le mandat.

Les appelants ont engagé des procédures dans le délai de 30 jours devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique par voie de requête introductive d'instance dans laquelle ils contestaient le mandat pour des motifs de nature constitutionnelle et autre. La réparation demandée était une ordonnance:

a) annulant le mandat décerné par le juge en chef McEachern;

b) annulant la perquisition et la saisie effectuées en application de celui-ci;

c) déclarant que l'art. 231.3 *LIR* est incompatible avec les art. 7, 8 et 15 de la *Charte*, et qu'il est donc inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

d) enjoignant de restituer les documents saisis;

e) enjoignant de restituer tous les résumés, notes et schémas tirés des documents saisis;

f) interdisant au Ministère d'utiliser les documents ou les copies, résumés, notes, schémas ou renseignements tirés de ceux-ci;

g) enjoignant de détruire tous les résumés, copies, notes ou schémas qui, pour quelque motif que ce soit, n'ont pas été restitués aux appelants.

Dans *Kourtessis (partie 1)*, précité, aux pp. 310 et 311, le juge McKenzie résume ainsi les moyens qui ne sont pas de nature constitutionnelle:

[TRADUCTION] [Les appelants soutiennent] que la demande visant à obtenir le deuxième mandat [décerné par le juge en chef McEachern] constituait un abus des procédures de la cour parce qu'il s'agissait d'une tentative de soulever de nouveau des questions qui avaient été définitivement tranchées à l'encontre du ministère public par le juge Proudfoot, parce qu'il s'agissait en fait d'un appel déguisé contre l'ordonnance de celle-ci, qui ne pouvait être entendu par un autre juge de la même cour, et parce que la demande et la dénonciation

and which should have been brought forward or emphasized at that time, consequently the Crown is estopped from bringing forward those facts at this stage.

The appellants also argued that the Department's application to McEachern C.J.S.C. for a warrant was an interference with the court's administration of justice; that the Department failed to exhaust all means available to them before applying for a warrant, as required by Proudfoot J.'s order; that the information in support of the application for a warrant failed to disclose the real purpose of the search; and that the warrant was not reasonably specific. The non-constitutional attack was dismissed by McKenzie J. (*Kourteissis (Part 1), supra*) and again by the Court of Appeal (*Kourteissis v. Minister of National Revenue* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 1 W.W.R. 97, 50 C.C.C. (3d) 201, 72 C.R. (3d) 196, [1990] 1 C.T.C. 241, 89 D.T.C. 5464 (hereinafter *Kourteissis* (B.C.C.A.), cited to C.C.C.)).

The constitutional grounds for the petition were first, that for the reasons given as non-constitutional grounds (abuse of process, disguised appeal, material non-disclosure, etc.), the application for and issuance of the warrant violated ss. 7 and 8 of the *Charter* and second, that s. 231.3 *ITA* is inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter* and consequently pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* of no force or effect. Neither the non-constitutional grounds nor the first leg of the constitutional attack, challenging the application for and issuance of the warrant in this case as distinct from the legislation under which the warrant was issued, were pursued by the appellants before this Court. The appellants' constitutional attack is thus restricted to a direct attack on the legislation. If the direct attack succeeds, the warrant of February 27, 1987 and the search and seizure will be declared

présentées au Juge en chef allèguent des faits et soulèvent des questions qui étaient au cœur de la demande présentée au juge Proudfoot et qui auraient dû être présentés ou soulignés à ce moment-là; par conséquent, le ministère public ne saurait présenter ces faits à ce stade.

Les appelants soutiennent également que la demande de mandat présentée par le Ministère au juge en chef McEachern constituait une ingérence dans l'administration de la justice par la cour, que le Ministère n'a pas épuisé tous les moyens dont il disposait avant de demander un mandat, comme l'exigeait l'ordonnance du juge Proudfoot, que la dénonciation à l'appui de la demande de mandat ne mentionnait pas l'objet véritable de la perquisition, et que le mandat n'était pas raisonnablement précis. Le juge McKenzie a rejeté la contestation fondée sur des moyens autres que ceux de nature constitutionnelle (*Kourteissis (partie 1)*, précité) et la Cour d'appel a fait de même (*Kourteissis c. Minister of National Revenue* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 1 W.W.R. 97, 50 C.C.C. (3d) 201, 72 C.R. (3d) 196, [1990] 1 C.T.C. 241, 89 D.T.C. 5464 (ci-après *Kourteissis* (C.A.C.-B.), cité au C.C.C.)).

Les moyens de nature constitutionnelle sur lesquels se fondait la demande étaient, premièrement, que pour les motifs exposés comme n'étant pas de nature constitutionnelle (abus de procédure, appel déguisé, non-divulgaration d'éléments importants, etc.), la demande de mandat et sa délivrance violaient les art. 7 et 8 de la *Charte* et, deuxièmement, que l'art. 231.3 *LIR* est incompatible avec les art. 7, 8 et 15 de la *Charte*, et donc inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les appelants n'ont pas invoqué devant notre Cour les moyens qui ne sont pas de nature constitutionnelle ni le premier volet de l'attaque fondée sur la Constitution, dans lequel on conteste la demande de mandat et sa délivrance en l'espèce plutôt que la disposition législative en vertu de laquelle le mandat a été décerné. Par conséquent, l'attaque des appelants fondée sur la Constitution se limite à une contestation directe de la disposition législative. Si leur contestation directe réussit, le mandat du 27 février 1987 ainsi que la perquisition et la saisie seront déclarés invalides et annulés

invalid and set aside as a consequence of striking down the legislation.

III. Points in Issue

A. *Jurisdiction*

The following preliminary issue arises which will occupy the bulk of my reasons: did the British Columbia Court of Appeal have jurisdiction to entertain the appellants' appeal from the judgment of McKenzie and Lysyk J.J. of the British Columbia Supreme Court dismissing the appellants' application for a declaration and other ancillary relief?

B. *The Charter*

On April 15, 1991, a constitutional question identical to that stated in *Baron* was stated by order of the Chief Justice:

Whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, limits the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982, 1982 (U.K.)*, c. 11, and is consequently of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982 (U.K.)*, c. 11.

IV. Judgments Below

Since our decision in *Baron* is dispositive of the *Charter* questions in this appeal, and the judgments of the courts below in this appeal on the *Charter* issues were discussed in that case, it is unnecessary to reproduce here the reasoning of the courts below on the *Charter* challenge. The following summary thus concentrates on the jurisdiction issue.

The appellants' non-constitutional arguments were heard by McKenzie J. and dismissed on July 6, 1987: *Kourteassis (Part 1)*, *supra*. Their constitutional attack was rejected on August 16, 1988 by Lysyk J., and as a result the entire application was

par suite de l'annulation de la disposition législative.

III. Les questions en litige

A. *La compétence*

Mes motifs porteront principalement sur la question préliminaire suivante: la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était-elle compétente pour entendre l'appel des appelants contre les jugements des juges McKenzie et Lysyk de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui ont rejeté leur demande de jugement déclaratoire et d'autre réparation accessoire?

B. *La Charte*

Le 15 avril 1991, une question constitutionnelle identique à celle de l'arrêt *Baron* a été énoncée dans une ordonnance du Juge en chef:

L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, limite-t-il les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), ch. 11, et est-il, par conséquent, inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), ch. 11?

IV. Les juridictions inférieures

Étant donné que notre décision dans l'arrêt *Baron* a pour effet de trancher les questions relatives à la *Charte* en l'espèce et que les jugements des tribunaux d'instance inférieure rendus dans la présente affaire sur les questions de *Charte* ont été analysés dans cet arrêt, il n'est pas nécessaire de reproduire ici le raisonnement des tribunaux d'instance inférieure en ce qui concerne la contestation fondée sur la *Charte*. Le résumé suivant est donc axé sur la question de la compétence.

Les arguments des appelants qui ne sont pas de nature constitutionnelle ont été entendus par le juge McKenzie et rejetés le 6 juillet 1987: *Kourteassis (partie 1)*, précité. Leur attaque fondée sur la Constitution a été rejetée le 16 août 1988 par le

dismissed: *Kourteissis v. M.N.R.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342 (S.C.), [1989] 1 W.W.R. 508, 44 C.C.C. (3d) 79, [1989] 1 C.T.C. 56, 89 D.T.C. 5214. The appellants appealed to the British Columbia Court of Appeal. Apparently unsure whether leave was required, they gave both notice of appeal and notice of application for leave to appeal pursuant to the British Columbia *Court of Appeal Act*, S.B.C. 1982, c. 7, ss. 6(1)(a) and 6.1(2). The Minister then brought a motion to quash the appeal on the ground that no appeal lay from the British Columbia Supreme Court's judgment. After reserving judgment on the motion to quash and hearing the merits of the appeal, the Court of Appeal allowed the motion to quash, holding that it had no jurisdiction to hear the appeal and that in any event it would dismiss the appeal on the merits: *Kourteissis* (B.C.C.A.), *supra*. Leave to appeal to this Court was granted on December 20, 1990, [1990] 2 S.C.R. viii.

In the British Columbia Court of Appeal, Taggart J.A., writing for a unanimous court on the issue of appellate jurisdiction, held that the litigation in question was a criminal proceeding subject to Parliament's exclusive jurisdiction to prescribe criminal procedure, and that since no right of appeal could be found in the *ITA* or the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, there was no appeal from the Supreme Court's judgment. The issue, according to Taggart J.A., was to characterize the nature of the proceedings taken under s. 231.3 *ITA*. If they were criminal law proceedings, any right of appeal would have to be found in the *Criminal Code* due to s. 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, by virtue of which all the provisions of the *Criminal Code* concerning indictable and summary conviction offences apply to *ITA* offences.

juge Lysyk et, par conséquent, leur demande a été rejetée au complet: *Kourteissis c. M.N.R.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 342 (C.S.), [1989] 1 W.W.R. 508, 44 C.C.C. (3d) 79, [1989] 1 C.T.C. 56, 89 D.T.C. 5214. Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Apparemment, comme ils n'étaient pas certains d'avoir besoin d'une autorisation, ils ont signifié un avis d'appel et un avis de demande d'autorisation d'appel conformément à l'al. 6(1)a) et au par. 6.1(2) de la *Court of Appeal Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1982, ch. 7. Le Ministre a alors présenté une requête en annulation de l'appel pour le motif qu'on ne pouvait pas interjeter appel contre le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Après avoir mis en délibéré la requête en annulation et avoir entendu l'appel au fond, la Cour d'appel a accueilli la requête en annulation et conclu qu'elle n'était pas compétente pour entendre l'appel et que, de toute façon, elle rejeterait l'appel sur le fond: *Kourteissis* (C.A.C.-B.), précité. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 20 décembre 1990, [1990] 2 R.C.S. viii.

Le juge Taggart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité sur la question de la compétence en matière d'appel, a conclu que le litige en question constituait une instance criminelle assujettie à la compétence exclusive du Parlement de prescrire la procédure en matière criminelle, et que comme la *LIR* et le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. 46, ne prévoyaient aucun droit d'appel, il n'y avait pas d'appel contre le jugement de la Cour suprême. Il s'agissait, selon le juge Taggart, de qualifier la nature des procédures engagées en vertu de l'art. 231.3 *LIR*. S'il s'agissait de procédures de droit criminel, tout droit d'appel devrait se trouver dans le *Code criminel* en raison du par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, selon lequel toutes les dispositions du *Code criminel* concernant les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent aux infractions à la *LIR*.

Relying on the reasoning in *Goldman v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 488, in which the Ontario Court of Appeal held that the offence provisions of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, could be sustained exclusively by reference to the federal criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* even though other parts of the Act might rely on the trade and commerce power, Taggart J.A. concluded that while other parts of the *ITA* may rely on other federal heads of power, the “offence and ancillary provisions of the Act are constitutionally supported by s. 91(27)”: *Kourtessis* (B.C.C.A.), *supra*, at p. 210. Accordingly, jurisdiction to entertain an appeal from the British Columbia Supreme Court’s judgment had to be found in the *ITA* or the *Criminal Code* and not the *Court of Appeal Act*. Taggart J.A. found no appeal right in the *ITA* or the *Criminal Code*. It made no difference in his view that the appellants were seeking a *Charter* remedy. He held, following *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, that the *Charter* itself does not confer an appeal right and moreover that in criminal proceedings there are no appeals from interlocutory decisions which do not have the effect of terminating the extant proceedings. Since in his view the decisions of McKenzie and Lysyk J.J. did not finally dispose of the trial proceedings, he held that there was no appeal therefrom to the Court of Appeal. Finally, after dismissing the appellants’ remaining arguments, Taggart J.A. concluded that the Court of Appeal was without jurisdiction to entertain the appeal and accordingly the appeal was quashed.

V. Analysis

A. *Does an Appeal Lie?*

I turn now to the issue of whether an appeal lies to a provincial court of appeal from a superior court judge’s judgment dismissing an application

Se fondant sur l’arrêt *Goldman c. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1987), 35 C.C.C. (3d) 488, dans lequel la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que les dispositions relatives aux infractions contenues dans la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, pouvaient être maintenues exclusivement par renvoi à la compétence fédérale en matière de droit criminel, prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, même si d’autres parties de la Loi pouvaient relever de la compétence en matière d’échanges et de commerce, le juge Taggart a conclu que, bien que d’autres parties de la *LIR* puissent relever d’autres chefs de compétence fédérale, les [TRADUCTION] «dispositions relatives aux infractions et les dispositions accessoires de la Loi sont appuyées du point de vue constitutionnel par le par. 91(27)»: *Kourtessis* (C.A.C.-B.), précité, à la p. 210. Par conséquent, la compétence pour entendre un appel contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique devait se trouver dans la *LIR* ou dans le *Code criminel* et non dans la *Court of Appeal Act*. Le juge Taggart a conclu qu’il n’y avait aucun droit d’appel dans la *LIR* ou dans le *Code criminel*. À son avis, il ne faisait aucune différence que les appelants cherchent à obtenir un redressement fondé sur la *Charte*. Suivant les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, il a conclu que la *Charte* elle-même ne confère pas un droit d’appel et en outre que, dans des procédures criminelles, il n’y a pas d’appel contre les décisions interlocutoires qui n’ont pas pour effet de mettre fin aux procédures existantes. Puisque, à son avis, les décisions des juges McKenzie et Lysyk ne réglaient pas définitivement les procédures en première instance, il a conclu qu’elles ne pouvaient faire l’objet d’un appel à la Cour d’appel. Finalement, après avoir rejeté les autres arguments des appelants, le juge Taggart a conclu que la Cour d’appel n’était pas compétente pour entendre l’appel qui, par conséquent, a été annulé.

V. Analyse

A. *Un appel peut-il être interjeté?*

J’examine maintenant la question de savoir s’il est possible d’interjeter appel à une cour d’appel provinciale contre un jugement du juge d’une cour

which seeks, *inter alia*, (1) a declaration that s. 231.3 is unconstitutional, and (2) an order quashing and setting aside a s. 231.3 search warrant and the search and seizure carried out thereunder. This comes down to a question of the division of legislative powers between the federal government and the provinces. Whether the Province of British Columbia has the power to legislate appellate procedure in respect of the present proceeding turns on the nature of the proceeding. This brings us face to face with *Knox Contracting, supra*.

In *Knox Contracting*, officials of the Department of National Revenue brought an *ex parte* application before a judge of the New Brunswick Court of Queen's Bench for the issuance of search warrants under s. 231.3 *ITA*. The warrants were issued and executed, and the taxpayers applied to the issuing judge to quash the warrants on the grounds that they were too vague or broad in scope, they were based partly on information obtained in violation of a court order, and being based partly on information illegally obtained they contravened the unreasonable search provision in the *Charter*. Unlike in *Baron* or *Kourteassis*, no declaratory relief was sought. The issuing judge dismissed the application to quash the warrants. An appeal to the New Brunswick Court of Appeal was dismissed.

The taxpayers' appeal to this Court was also dismissed. The issue before this Court was, as I said in my reasons, "whether an appeal lies from the decision of a superior court judge not to quash a search warrant issued pursuant to s. 231.3 of the *Income Tax Act*": *Knox Contracting, supra*, at p. 357. It will immediately be seen that the only relevant differences between *Knox Contracting* and the present appeal are that the constitutionality of the governing legislation was not challenged, nor was declaratory relief sought, in *Knox Contracting*. This Court split three ways and in the

supérieure qui a rejeté une demande visant à obtenir, notamment, (1) un jugement déclarant que l'art. 231.3 est inconstitutionnel et, (2) une ordonnance annulant un mandat de perquisition obtenu en vertu de l'art. 231.3 ainsi que la perquisition et la saisie effectuées en vertu de ce mandat. Cela revient à une question de partage des compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les provinces. La question de savoir si la province de la Colombie-Britannique a le pouvoir de légiférer sur la procédure en matière d'appel relativement à l'espèce dépend de la nature de l'instance. Cela nous ramène à l'arrêt *Knox Contracting*, précité.

Dans l'affaire *Knox Contracting*, des fonctionnaires du ministère du Revenu national ont présenté une demande *ex parte* à un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick en vue d'obtenir des mandats de perquisition en vertu de l'art. 231.3 *LIR*. Les mandats ont été décernés et exécutés et les contribuables ont demandé au juge qui a décerné les mandats de les annuler pour le motif qu'ils étaient trop vagues ou qu'ils avaient une trop grande portée, qu'ils étaient fondés en partie sur des renseignements obtenus en violation d'une ordonnance du tribunal et que, du fait qu'ils étaient fondés en partie sur des renseignements obtenus illégalement, ils portaient atteinte à la disposition de la *Charte* sur les fouilles et les perquisitions abusives. Contrairement aux arrêts *Baron* et *Kourteassis*, aucun jugement déclaratoire n'a été demandé. Le juge qui a décerné les mandats a rejeté la demande visant à les faire annuler. L'appel à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a été rejeté.

Le pourvoi des contribuables devant notre Cour a également été rejeté. La question dont a été saisie notre Cour était, comme je l'ai dit dans mes motifs, «de savoir s'il est possible d'interjeter appel contre la décision d'un juge d'une cour supérieure de ne pas annuler un mandat de perquisition décerné en vertu de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*»: *Knox Contracting*, précité, à la p. 357. Il ressort immédiatement que les seules différences pertinentes entre l'espèce et l'affaire *Knox Contracting* sont que, dans ce dernier cas, on n'a pas contesté la constitutionnalité de la mesure

result held that there was no appeal to the provincial court of appeal from the superior court judge's decision on the application to quash the warrants. Cory J. (Wilson and Gonthier JJ. concurring) held that the proceeding in question was truly criminal in that ss. 231.3 and 239 *ITA* were supportable by reference to the federal s. 91(27) criminal law power. That being so, Cory J. held, any appeal right must be found in federal legislation and since there was no such provision in the *ITA* or the *Criminal Code*, the New Brunswick Court of Appeal lacked jurisdiction to entertain the appeal. It was my opinion, on the contrary, in which L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. concurred, that identifying s. 91(27) as a source of constitutional support for the *ITA* did not end the inquiry, as the *ITA* was also supportable under the federal taxation power (s. 91(3)). That being so, the proceeding instituted by the taxpayers had two aspects, one criminal and one civil, and provincial rules of civil procedure would apply to give a right of appeal in the absence of conflict with federal legislation, of which I found none. Finally, La Forest J. preferred my approach to the juristic character of the relevant provisions of the *ITA*, but found that Parliament had shown an intention to subject the proceeding to the ordinary rules of criminal procedure. Hence he agreed with Cory J.'s disposition of the appeal.

With respect to the juristic character of the *ITA*, which was supported by the majority, I concluded that ss. 231.3 and 239 *ITA* were supportable under both the criminal law power and the power in relation to federal taxation. I said, at pp. 358-59:

While I accept that ss. 231.3 and 239 are supportable under the power over criminal law and procedure, that does not end the inquiry. If these provisions are also

législative applicable ni demandé de jugement déclaratoire. Trois séries de motifs ont été rédigés en notre Cour qui a finalement conclu qu'il ne pouvait y avoir d'appel à une cour d'appel provinciale contre la décision d'un juge d'une cour supérieure relativement à une demande d'annulation des mandats. Le juge Cory (aux motifs duquel ont souscrit les juges Wilson et Gonthier) a conclu que la procédure en question était véritablement de nature criminelle parce que les art. 231.3 et 239 *LIR* pouvaient s'appuyer sur la compétence fédérale en matière de droit criminel que confère le par. 91(27). Cela étant, le juge Cory a statué que tout droit d'appel doit découler d'une loi fédérale et, comme il n'y avait pas de disposition de ce genre dans la *LIR* ou dans le *Code criminel*, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick n'était pas compétente pour entendre l'appel. Au contraire, j'étais d'avis, avec l'appui des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, qu'affirmer que le par. 91(27) est une source d'appui constitutionnel pour la *LIR* ne met pas fin à l'examen, car la *LIR* pouvait également s'appuyer sur la compétence fédérale en matière de taxation (par. 91(3)). Ainsi, la procédure engagée par les contribuables comportait deux aspects, l'un criminel et l'autre civil, et les règles provinciales de procédure civile s'appliqueraient pour accorder un droit d'appel en l'absence de conflit avec la mesure législative fédérale, et je n'ai pas conclu à l'existence d'un tel conflit. Finalement, le juge La Forest a préféré ma manière d'aborder la nature juridique des dispositions pertinentes de la *LIR*, mais il a conclu que le Parlement avait démontré l'intention d'assujettir la procédure aux règles ordinaires de procédure en matière criminelle. Il a donc souscrit à la manière dont le juge Cory a statué sur le pourvoi.

Pour ce qui est de la nature juridique de la *LIR* qui a été appuyée par les juges formant la majorité, j'ai conclu que les art. 231.3 et 239 *LIR* pouvaient se fonder à la fois sur la compétence en matière de droit criminel et sur la compétence fédérale en matière de taxation. J'ai affirmé, aux pp. 358 et 359:

Bien que je sois d'avis que les art. 231.3 et 239 peuvent s'appuyer sur la compétence relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle, cela ne règle

supportable under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, the federal taxation power, then the jurisdiction to provide for an appeal is not exclusively federal. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* confers jurisdiction on the province to legislate in respect of procedure in civil matters. Accordingly, if ss. 231.3 and 239 are supportable under two heads of power, one criminal and one civil in nature, a right of appeal can be conferred by either federal or provincial legislation. In the absence of conflict, both forms of legislation are valid on the basis of the double aspect doctrine: see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

The notion that a statute is supportable under two heads of legislation is well established: see *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284. The fact that provision is made for enforcement, including the creation of severe penalties, does not mean that the legislation is necessarily criminal.

The nature of the *Income Tax Act* is such that it was undoubtedly passed under the federal taxation power. Most of its provisions have nothing to do with the criminal law power.

In support of this last proposition, I referred to passages from *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 641, and *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 516-17, to the effect that the *ITA* is essentially a regulatory statute enacted under the federal taxation power, not a criminal statute. I went on to observe that, while the procedure to be followed in the application of federal laws is within the paramount jurisdiction of Parliament, provincial procedure was not ousted in the absence of conflict with federal legislation. Absent conflict, provincial laws of procedure, including rights of appeal, were applicable except in respect of proceedings that are exclusively criminal in nature. Accordingly, in a matter arising under a federal statute supportable under a head of power in addition to the criminal law power, a provincial court which is seized of the matter may validly apply its own rules of civil pro-

pas la question. Si ces dispositions peuvent également s'appuyer sur le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir fédéral de taxation, alors la compétence en matière d'appel n'est pas exclusivement fédérale. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces le pouvoir de légiférer relativement à la procédure en matière civile. Par conséquent, si les art. 231.3 et 239 peuvent s'appuyer sur deux chefs de compétence, l'un de nature criminelle et l'autre de nature civile, un droit d'appel peut être conféré par une loi fédérale ou provinciale. En l'absence de conflit, les deux mesures législatives sont valides selon la théorie du double aspect: voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

La notion selon laquelle une loi peut s'appuyer sur deux textes législatifs est bien établie: voir *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284. Le fait qu'il s'agisse d'une disposition d'application qui comprend la création de peines graves, ne signifie pas que cette mesure législative est nécessairement de nature criminelle.

La nature de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est telle qu'elle a été indubitablement adoptée en vertu du pouvoir fédéral de taxation. La plupart de ses dispositions n'ont rien à voir avec la compétence en matière de droit criminel.

À l'appui de cette dernière proposition, j'ai mentionné des extraits des arrêts *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 641, et *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 516 et 517, selon lesquels la *LIR* est essentiellement une mesure de réglementation adoptée en vertu de la compétence fédérale en matière de taxation et non une loi de nature criminelle. J'ai ensuite fait remarquer que, bien que la procédure qui doit être suivie en appliquant des lois fédérales relève de la compétence prépondérante du Parlement, la procédure provinciale n'est pas écartée en l'absence de conflit avec une mesure législative fédérale. En l'absence de conflit, les règles de droit provinciales en matière de procédure, y compris les droits d'appel, étaient applicables sauf en ce qui concerne les procédures qui sont exclusivement de nature criminelle. Par conséquent, dans une affaire relative à une loi

cedure unless precluded by federal legislation or the matter is clearly related to a criminal proceeding.

Applying this analytical framework to the proceedings in *Knox Contracting*, I concluded that there was no conflict with federal legislation and thus an appeal did lie pursuant to the *New Brunswick Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2. I was, however, in the minority in this conclusion. Cory J. (Gonthier and Wilson JJ. concurring), as noted, having held that the relevant provisions were enacted pursuant to the exclusive federal criminal law power, stated that a right of appeal would have to be found in federal legislation and that it was not necessary to inquire further into the relevant provisions' supportability as tax law. This was also a minority position. The opinion of La Forest J., speaking for himself, which was decisive of the result, approved of my reasoning on the juristic character of the *ITA* but agreed with Cory J.'s disposition of the appeal. He was of the view that in the circumstances Parliament had shown a disposition to adopt "the ordinary procedures of the criminal law for their enforcement" (at p. 356). He concluded, however, with the following *caveat* (at p. 357):

It is unnecessary to consider whether a province could, in other circumstances, constitutionally deal with procedure respecting a penal provision jointly supportable under the criminal law power and some other head of federal legislative power.

I conclude from the foregoing that in *Knox Contracting* a majority supported the view that the offence and search warrant provisions of the *ITA*

fédérale qui peut s'appuyer sur un chef de compétence s'ajoutant au pouvoir en matière de droit criminel, un tribunal provincial qui en est saisi peut valablement appliquer ses propres règles de procédure civile à moins qu'une mesure législative fédérale ne l'en empêche ou que la question ne se rapporte clairement à une procédure de nature criminelle.

Applicant ce cadre analytique aux procédures de l'arrêt *Knox Contracting*, j'ai conclu qu'il n'y avait pas de conflit avec une mesure législative fédérale et que, par conséquent, un appel pouvait être interjeté conformément à la *Loi sur l'organisation judiciaire* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2. Toutefois, je faisais partie de la minorité en tirant cette conclusion. Comme je l'ai fait remarquer, le juge Cory (aux motifs duquel ont souscrit les juges Gonthier et Wilson), a conclu que les dispositions pertinentes avaient été adoptées conformément à la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel, pour ensuite affirmer qu'il devait y avoir un droit d'appel dans la loi fédérale et qu'il n'était pas nécessaire d'examiner davantage si les dispositions pertinentes pouvaient également se justifier comme étant du droit fiscal. Il s'agissait également d'un point de vue minoritaire. Le juge La Forest, qui s'est exprimé en son propre nom, a, dans une opinion déterminante quant au résultat, approuvé mon raisonnement sur la nature juridique de la *LIR*, mais a souscrit à la manière dont le juge Cory a statué sur le pourvoi. Il était d'avis que, dans les circonstances, le Parlement s'était montré disposé à adopter «les procédures ordinaires du droit criminel pour les appliquer» (aux pp. 356 et 357). Toutefois, il a conclu en faisant la mise en garde suivante (à la p. 357):

Il n'est pas nécessaire de se demander si, dans d'autres circonstances, une province pourrait constitutionnellement examiner une procédure concernant une disposition pénale conjointement justifiable en vertu de la compétence en matière de droit criminel et de quelque autre chef de compétence législative fédérale.

Je conclus de ce qui précède que, dans l'arrêt *Knox Contracting*, la majorité a appuyé l'opinion selon laquelle les dispositions de la *LIR* en matière

are referable to both the federal criminal law and taxation power, and jurisdiction to legislate procedure in matters relating to these provisions is shared between the provinces and the federal government, subject to federal paramountcy in the event of conflict between federal and provincial legislation. I would add that, in this situation, Parliament is free to assign jurisdiction to any tribunal it chooses, whatever the source of its legislative power: see *R. v. Trimarchi* (1987), 63 O.R. (2d) 515 (C.A.), leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xiv; *Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87. If, however, federal legislation is silent, the ordinary rule is that “where no other procedure is prescribed, a litigant suing on a federal matter in a provincial court takes the procedure of that court as he finds it: see *Alexander v. Vancouver Harbour Commrs.*, [1922] 1 W.W.R. 1254 (B.C.C.A.); *Morris v. Morris*, [1950] O.R. 697 (H.C.)”: *Laskin’s Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 185. This is because the provincial superior courts are truly courts of general jurisdiction, as Professor Hogg points out:

The general jurisdiction of the provincial courts means that there is no need for a separate system of federal courts to decide “federal” questions. Nor does the power to decide federal questions have to be specifically granted to the provincial courts by the federal Parliament. On the contrary, if federal law calls for the exercise of adjudication, but is silent as to the forum, the appropriate forum will be the provincial courts.

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 7-3.)

This does not mean that provincial legislation does not apply unless “adopted” by federal legislation as my colleague suggests. The authorities make it clear that a province has legislative authority to adjudicate federal matters and that such legislation is only ousted if it conflicts with federal legislation. In *Adler v. Adler*, [1966] 1 O.R. 732,

d’infractions et de mandats de perquisition peuvent relever à la fois de la compétence fédérale en matière de droit criminel et de sa compétence en matière de taxation, et que la compétence pour établir la procédure à suivre dans des matières relatives à ces dispositions est partagée entre les provinces et le gouvernement fédéral, sous réserve de la prépondérance fédérale en cas de conflit entre les lois fédérales et provinciales. J’ajouterais que, dans ce cas, le Parlement est libre d’attribuer la compétence au tribunal de son choix, quelle que soit la source de son pouvoir législatif: voir *R. c. Trimarchi* (1987), 63 O.R. (2d) 515 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xiv; *Attorney-General for Alberta c. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87. Si toutefois la mesure législative fédérale ne prévoit rien, la règle ordinaire est que [TRADUCTION] «lorsqu’aucune autre procédure n’est prescrite, la partie qui engage, devant un tribunal provincial, des poursuites relatives à une matière fédérale adopte la procédure existante de ce tribunal: voir *Alexander c. Vancouver Harbour Commrs.*, [1922] 1 W.W.R. 1254 (C.A.C.-B.); *Morris c. Morris*, [1950] O.R. 697 (H.C.)»: *Laskin’s Canadian Constitutional Law* (5^e éd. 1986), vol. 1, à la p. 185. Il en est ainsi parce que les cours supérieures des provinces sont vraiment des tribunaux de compétence générale, comme le souligne le professeur Hogg:

[TRADUCTION] La compétence générale des tribunaux provinciaux signifie qu’il n’est pas nécessaire qu’un système distinct de tribunaux fédéraux tranche les questions «fédérales». Le pouvoir de trancher les questions fédérales n’a pas non plus à être accordé expressément aux tribunaux provinciaux par le Parlement fédéral. Au contraire, si une loi fédérale exige une décision judiciaire, mais ne mentionne pas de tribunal, celui qui sera approprié sera un tribunal provincial.

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, à la p. 7-3.)

Cela ne signifie pas que la mesure législative provinciale ne s’applique pas à moins d’être «adoptée» au moyen d’une mesure législative fédérale. Il ressort clairement de la doctrine et de la jurisprudence qu’une province a le pouvoir législatif de traiter les questions qui relèvent de la compétence fédérale et que de telles mesures légis-

Laskin J.A. (as he then was), speaking for the Court of Appeal of Ontario, found s. 7(1) of the *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1960, c. 232, an Ontario statute, *intra vires*. This section provided that no appeal lay from a judgment absolute in divorce cases. Divorce is a federal matter and it was argued that provincial legislation was incompetent. At page 736, Laskin J.A. stated:

Of course, it was open to the Ontario Legislature (save as competent Federal legislation on divorce procedure might inhibit it) to vary its laws of procedure in the disposition of divorce actions and appeals therein.

Moreover, in *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, La Forest J. went to considerable pains to stress the same point in relation to admiralty. In his judgment for the Court upholding provincial legislation which conferred admiralty jurisdiction on a small claims court, he relied on a number of authorities which upheld provincial jurisdiction in respect of the adjudication of divorce cases. At pages 219-20, he stated:

The foregoing position is supported by the following statement of Rand J. in *Hellens v. Densmore*, [1957] S.C.R. 768, at p. 783:

That after Confederation a right of appeal could be given by provincial law (in respect of divorce) appears to me to be unquestionable although the opposite opinion seems to have been held in the provincial Courts: the administration of justice by the Province surely extends to the final determination within the Province of the judgments of its own Courts.

Indeed, unlike the cases already discussed, Rand J.'s holding cannot be explained on the basis of the historical inherent jurisdiction of a superior court. Appellate jurisdiction must be conferred by statute.

latives ne sont écartées que si elles contredisent une mesure législative fédérale. Dans l'arrêt *Adler c. Adler*, [1966] 1 O.R. 732, le juge Laskin (plus tard Juge en chef de notre Cour) a conclu, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, à la constitutionnalité du par. 7(1) de la *Matrimonial Causes Act*, R.S.O. 1960, ch. 232, une loi ontarienne. Cet article prévoyait qu'un jugement irrévocable de divorce ne pouvait faire l'objet d'un appel. Le divorce est une question qui relève de la compétence fédérale et on soutenait que la mesure législative provinciale était inconstitutionnelle. À la page 736, le juge Laskin affirme:

[TRADUCTION] Évidemment, il était loisible à l'Assemblée législative de l'Ontario (sauf si une mesure législative fédérale constitutionnelle relative à la procédure en matière de divorce peut l'interdire) de modifier ses lois sur la procédure de règlement des actions en divorce et des appels qui en découlent.

De plus, dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, le juge La Forest s'est donné beaucoup de mal pour souligner le même point en matière d'amirauté. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour et où il a maintenu la mesure législative provinciale qui conférait une compétence en matière d'amirauté à une cour des petites créances, il s'est fondé sur un certain nombre d'arrêts confirmant la compétence provinciale en matière de règlement des actions en divorce. Aux pages 219 et 220, il affirme:

L'opinion précédente trouve appui dans l'énoncé suivant du juge Rand dans l'arrêt *Hellens v. Densmore*, [1957] R.C.S. 768, à la p. 783:

[TRADUCTION] Il me paraît incontestable, même si les tribunaux de la province ont semblé soutenir le contraire, qu'après la Confédération une loi provinciale pouvait accorder un droit d'appel (en matière de divorce): l'administration de la justice par la province comprend assurément le pouvoir de trancher en dernier ressort dans la province les affaires jugées par les tribunaux de la province.

En effet, contrairement aux arrêts déjà analysés, la conclusion du juge Rand ne peut s'expliquer par la compétence historique inhérente d'une cour supérieure. La compétence en appel doit être conférée par une loi.

This conclusion was in no way dependent on adoption of provincial legislation by appropriate federal legislation. Rather, it was based on the provincial legislative power under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. La Forest J. made this plain in the following passage at p. 220:

It seems to me, however, that such jurisdiction is inherent in the essentially unitary character of the Canadian court system. If, as indicated by the divorce cases above cited, one accepts that jurisdiction in the provincial superior courts is not solely derived from the specific character of superior courts, but that s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* empowers the provinces to grant them general jurisdiction, whether originally or on appeal as in *Hellens v. Densmore, supra*, there is no reason why this should not apply to provincial courts of inferior jurisdiction as well. There are considerations of a historical and practical nature that militate in favour of this solution as well to which I shall advert later. I turn first, however, to a discussion of the cases that have dealt directly with the issue.

The fact that there is alleged to be a comprehensive procedure contained in federal legislation is only relevant to determine whether provincial legislation is ousted because it conflicts with federal legislation. My colleague and I agree that it is not ousted in relation to declaratory relief. This includes, perforce, the right of appeal conferred by provincial legislation. In my view, it should also extend to ancillary relief which enables the Court to give effect to the declaration.

It would be anomalous if taxpayers who must challenge *ITA* search warrants in the provincial superior courts were to find themselves without a right of appeal in the event of an unsuccessful challenge, whereas no question arises with respect to the appellate jurisdiction of the Federal Court of Appeal in identical proceedings brought in the Federal Court. The juxtaposition of *Kourteassis* and *Baron* illustrates this practical difficulty. In the former, the Minister applied to the provincial superior

Cette conclusion ne dépendait nullement de l'adoption de la mesure législative provinciale au moyen d'une mesure législative fédérale appropriée. Elle était plutôt fondée sur le pouvoir législatif provincial conféré par le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge La Forest l'a dit clairement dans l'extrait suivant de la p. 220:

Il me semble cependant que cette compétence est inhérente au caractère essentiellement unitaire du système judiciaire canadien. Si, comme l'indiquent les arrêts en matière de divorce susmentionnés, on accepte que la compétence des tribunaux provinciaux d'instance supérieure ne provient pas seulement de la nature particulière des tribunaux d'instance supérieure, mais que le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces le pouvoir de conférer à ces tribunaux une compétence générale, en première instance ou en appel, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Hellens v. Densmore*, précité, il n'y a aucune raison pour laquelle cela ne pourrait s'appliquer également aux tribunaux provinciaux d'instance inférieure. Il existe aussi des considérations historiques et pratiques qui militent en faveur de cette solution et sur lesquelles je reviendrai plus loin. Toutefois, je vais d'abord procéder à l'analyse des arrêts qui ont traité directement de la question.

Le fait qu'on allègue l'existence d'une procédure détaillée dans une mesure législative fédérale n'est pertinent que pour déterminer si une mesure législative provinciale est écartée parce qu'elle contredit une mesure législative fédérale. Mon collègue et moi convenons qu'elle n'est pas écartée en ce qui concerne le recours sous forme d'action en jugement déclaratoire. Cela inclut forcément le droit d'appel conféré par la mesure législative provinciale. À mon avis, elle devrait également viser la réparation accessoire qui permet à la cour de mettre à exécution le jugement déclaratoire.

Il serait anormal que des contribuables qui doivent contester devant les cours supérieures provinciales des mandats de perquisition décernés en vertu de la *LIR* se retrouvent sans droit d'appel s'ils n'ont pas gain de cause, alors que la question ne se pose pas en ce qui a trait à la compétence de la Cour d'appel fédérale dans des procédures identiques engagées devant la Cour fédérale. La juxtaposition des affaires *Kourteassis* et *Baron* illustre cette difficulté pratique. Dans la première affaire,

court for a warrant, and in the latter the Minister applied to the Federal Court for a warrant. The *ITA* provides that the Minister may make this choice in his or her discretion. In most cases, the option is exercised on the basis of convenience. The exercise of this option will have grave implications for the rights of the taxpayer if we approve the blanket application of *Knox Contracting* to all proceedings challenging *ITA* warrants in provincial courts. If we uphold the judgment of the British Columbia Court of Appeal in *Kourtessis*, taxpayers who have the bad luck of being subject to a warrant issued by a provincial superior court will have no appeal from a provincial superior court judge's refusal to set aside the warrant, whereas if the warrant is issued by the Federal Court there will be no problem of appellate jurisdiction, as *Baron* demonstrates. It would be unfortunate to allow a taxpayer's appellate rights to be determined on the basis of the Minister's whim.

My colleague, La Forest J., suggests that there is no anomaly because, as I understand his reasons, there may be no appeal to the Federal Court of Appeal in the circumstances outlined in *Baron*. The relief claimed in *Baron* was identical to the relief claimed in this appeal and included a motion to set aside the search warrants as well as an action for a declaration. Relying on this right of appeal, the Court of Appeal quashed the search warrants and declared s. 231.3 *ITA* invalid. That appeal was heard together with this appeal in which jurisdiction was very much a live issue. The issue of jurisdiction in *Baron*, in contrast to this appeal, was not dealt with *per incuriam* but on the basis that no question with respect to jurisdiction existed. If indeed the Federal Court of Appeal lacked jurisdiction, then this Court's decision was a nullity. Our jurisdiction to hear an appeal and to affirm the judgment on appeal depends on the judgment on

le Ministre a demandé un mandat à la cour supérieure d'une province et, dans la seconde, il l'a demandé à la Cour fédérale. La *LIR* prévoit que le Ministre peut faire ce choix à sa discrétion. Dans la plupart des cas, le choix est fondé sur la commodité. L'exercice de ce choix aura de graves conséquences sur les droits du contribuable si nous approuvons l'application générale de l'arrêt *Knox Contracting* à toutes les procédures dans lesquelles on conteste des mandats décernés en application de la *LIR* devant les tribunaux provinciaux. Si nous confirmons l'arrêt *Kourtessis* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, les contribuables qui auront la mauvaise fortune d'être assujéti à un mandat décerné par une cour supérieure provinciale n'auront aucun droit d'appel contre le refus d'un juge d'une cour supérieure provinciale d'annuler le mandat, alors que si le mandat est décerné par la Cour fédérale, il n'y aura aucun problème de compétence en matière d'appel comme le démontre l'arrêt *Baron*. Il serait malheureux de permettre que les droits d'appel d'un contribuable soient déterminés selon le bon vouloir du Ministre.

Mon collègue le juge La Forest laisse entendre qu'il n'y a pas d'anomalie parce que, si je comprends bien ses motifs, il se peut qu'il y ait absence de droit d'appel à la Cour d'appel fédérale dans les circonstances exposées dans l'arrêt *Baron*. La réparation demandée dans *Baron* était identique à celle demandée en l'espèce et comprenait une requête en annulation des mandats de perquisition ainsi qu'une action en jugement déclaratoire. Se fondant sur ce droit d'appel, la Cour d'appel a annulé les mandats de perquisition et invalidé l'art. 231.3 *LIR*. Ce pourvoi a été entendu en même temps que celui-ci où la question de la compétence se posait vraiment. Contrairement à ce qui s'est passé en l'espèce, ce n'est pas par inadvertance que la question de la compétence n'a pas été traitée dans l'arrêt *Baron*; c'est parce qu'aucune question de compétence ne se posait. Si la Cour d'appel fédérale n'avait effectivement pas compétence, alors l'arrêt de notre Cour était entaché de nullité. Pour que nous ayons compétence pour entendre un pourvoi et pour confirmer le jugement qui fait

appeal being a valid exercise of that court's jurisdiction.

To avoid this anomaly, I would distinguish *Knox Contracting* so as not to foreclose an appeal in proceedings relating to:

- (i) a declaration that the statute authorizing a search warrant violates the Constitution, coupled with
- (ii) an application to set aside the search warrant.

In my view, having had the benefit of a more elaborate explanation of my colleague's (La Forest J.) reasons in *Knox Contracting*, these two remedies can be exercised, in combination, prior to the laying of charges, and the result of such exercise may be appealed consistently with the majority opinion in that case. I will deal with each of these two remedies separately.

- (i) Motion to Set Aside in Aid of an Action for a Declaration

This form of remedy is frequently employed to review the issuance of process pursuant to legislation that is attacked on constitutional grounds. Although often combined with an action for a declaration, when employed alone, the distinction between this remedy and an action for a declaration with consequential relief is not of substance. In both cases there is a finding or declaration that the statute is invalid and anything obtained pursuant to the process issued thereunder must be returned. The principle of federal procedural exclusivity in respect of proceedings to review search warrants issued under s. 231.3 *ITA* would permit an action for a declaration that the statute is invalid and consequential relief, including return of the articles seized. This is discussed hereunder and is a matter in respect of which my colleague and I are in agreement. The declaration that the statutory provision is invalid leads to the inexorable conclusion that the warrant issued thereunder is also invalid. Indeed, the declaration could presum-

l'objet du pourvoi, il faut que ce jugement constitue un exercice valide de la compétence de la cour en question.

Afin d'éviter une telle anomalie, je suis d'avis d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Knox Contracting* de manière à ne pas exclure un appel dans des procédures relatives à:

- (i) un jugement déclarant que la loi qui autorise un mandat de perquisition viole la Constitution, conjugué à
- (ii) une demande d'annulation du mandat de perquisition.

Après avoir pris connaissance d'une explication plus élaborée des motifs de mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *Knox Contracting*, j'estime que ces deux recours peuvent être exercés conjointement avant le dépôt des accusations et que le résultat d'un tel exercice peut faire l'objet d'un appel conformément à l'opinion de la majorité dans cet arrêt. J'examinerai chacun de ces recours séparément.

- (i) Requête en annulation à l'appui d'une action en jugement déclaratoire

Ce genre de recours est souvent utilisé pour examiner la délivrance d'un acte de procédure effectuée conformément à la mesure législative contestée pour des motifs de nature constitutionnelle. Même s'il est souvent conjugué à une action en jugement déclaratoire, il n'est pas essentiel, lorsqu'il est utilisé seul, d'établir une distinction entre ce recours et une action en jugement déclaratoire assorti d'une réparation accessoire. Dans les deux cas, il est conclu ou déclaré que la loi est invalide et que tout ce qui a été obtenu conformément à l'acte de procédure délivré en vertu de celle-ci doit être restitué. Le principe de l'exclusivité fédérale en matière de procédure de révision des mandats de perquisition décernés aux termes de l'art. 231.3 *LIR* permettrait d'intenter une action visant à obtenir un jugement déclarant que la loi est invalide ainsi qu'une réparation accessoire, dont la restitution des articles saisis. Il s'agit là d'un point qui est analysé plus loin et sur lequel mon collègue et moi sommes d'accord. Le jugement qui déclare inva-

ably expressly include the warrants. If this proceeding, conducted under provincial law, does not conflict with the comprehensive regime relating to the enforcement of the *ITA*, I find it difficult to accept that the additional mechanical step of setting aside the warrant oversteps the bounds of constitutional propriety. Indeed, it seems peculiar to order the return of articles seized under a warrant that is left standing, albeit mortally wounded by a declaration.

Furthermore, it must be stressed that a warrant under s. 231.3 *ITA* is granted *ex parte*. A motion to the superior court judge who issued the *ex parte* order or to another judge of the same court to set aside the *ex parte* order in accordance with civil procedure has been recognized by our Court as an appropriate procedure to review an *ex parte* authorization to wiretap issued under the *Criminal Code*. In *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, McIntyre J., after reviewing a body of jurisprudence describing the procedure for such review in civil cases, stated, at p. 608:

It is my opinion that, in view of the silence on this subject in the *Criminal Code* and the confusion thereby created, the practice above-described should be adopted.

I see no reason why a superior court judge reviewing an *ex parte* order would be precluded from entertaining a *Charter* argument. Even if we assume that the superior court judge issuing the *ex parte* order is not empowered to decide a *Charter* issue, this does not mean that the reviewing court will be similarly limited. For example, the reviewing judge with respect to a wiretap authorization issued *ex parte* by a superior court judge is entitled to entertain an attack at trial on the authorization under s. 8 of the *Charter* even if the reviewing judge is not a superior court judge. See *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. This conclusion applies *a fortiori* when the reviewing judge is also seized of an action for a declaration of invalidity based on the *Charter*. In that situation, the motion

lide la disposition législative amène inexorablement à conclure que le mandat qui a été décerné en application de celle-ci est également invalide. En fait, on pourrait présumer que ce jugement déclaratoire vise expressément les mandats. Si cette procédure, régie par le droit provincial, n'entre pas en conflit avec le régime complet d'application de la *LIR*, il m'est difficile d'accepter que l'autre mesure automatique d'annulation du mandat dépasse les bornes de la constitutionnalité. En fait, il semble curieux d'ordonner la restitution des articles saisis en application d'un mandat qui est toujours en vigueur, même s'il est mortellement atteint par un jugement déclaratoire.

De plus, il faut souligner qu'un mandat fondé sur l'art. 231.3 *LIR* est accordé *ex parte*. Notre Cour a reconnu qu'une requête adressée au juge de cour supérieure qui a délivré l'ordonnance *ex parte* ou à un autre juge de la même cour en vue d'obtenir l'annulation de cette ordonnance conformément à la procédure civile constitue la procédure appropriée pour examiner une autorisation *ex parte* d'écoute électronique fondée sur le *Code criminel*. Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, le juge McIntyre, après avoir examiné la jurisprudence qui décrit la procédure applicable à un tel examen en matière civile, affirme, à la p. 608:

À mon avis compte tenu du mutisme du *Code criminel* sur ce point et de la confusion qui en résulte, il convient de suivre la pratique déjà décrite.

Je ne vois pas pourquoi un juge de cour supérieure qui examine une ordonnance *ex parte* ne pourrait pas entendre un argument fondé sur la *Charte*. Même si nous présumons que le juge de cour supérieure qui a délivré l'ordonnance *ex parte* n'est pas habilité à trancher une question fondée sur la *Charte*, cela ne veut pas dire que le tribunal d'examen connaîtra la même restriction. Par exemple, le juge qui examine une autorisation d'écoute électronique accordée *ex parte* par un juge de cour supérieure est autorisé à entendre, à l'audience, une contestation de l'autorisation fondée sur l'art. 8 de la *Charte* même si le juge qui procède à l'examen n'est pas un juge de cour supérieure. Voir *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421. Cette conclusion s'applique à plus forte raison

to set aside is simply called in aid to give effect to the right declared by the court. The court is clothed with jurisdiction to decide the *Charter* issue by virtue of the declaratory action.

General federal legislation should not be interpreted or applied to deny an effective remedy where there has been a *Charter* breach. In *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, the Ontario Court of Appeal considered the reviewability of search warrants issued under the *Criminal Code*. The court concluded that if *certiorari* did not apply because the *Charter* violation did not constitute an error of jurisdiction, the reviewing judge was bound to consider a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. This accords with the view expressed by a unanimous Court in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, to which I refer hereunder.

Accordingly, in my view, in combination with an action for a declaration of constitutional invalidity, a motion to set aside partakes of the same character as the declaration for constitutional purposes. For the reasons outlined below, when employed in this manner it can be appealed as part of the disposition of a proceeding for a declaration.

I need not address two other issues which are alluded to in my colleague's reasons, that is: whether a motion to set aside can be brought (i) independently of an action for a declaration, or (ii) on grounds other than constitutional grounds. Any suggestion that s. 231.3(7) is the exclusive basis for questioning search warrants under the *ITA* on conventional grounds must be left to proceedings which raise that issue.

lorsque le juge qui procède à l'examen est également saisi d'une action en déclaration d'invalidité fondée sur la *Charte*. Dans une telle situation, la requête en annulation est simplement présentée à titre auxiliaire afin de mettre à exécution le droit déclaré par le tribunal. La cour est investie du pouvoir de trancher la question fondée sur la *Charte* en raison de l'action en jugement déclaratoire.

Une mesure législative fédérale d'ordre général ne devrait être ni interprétée ni appliquée de manière à refuser une réparation efficace lorsqu'il y a eu violation de la *Charte*. Dans *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la possibilité d'examiner les mandats de perquisition décernés en vertu du *Code criminel*. La cour a conclu que si le bref de *certiorari* ne s'appliquait pas parce que la violation de la *Charte* ne constituait pas une erreur de compétence, le juge qui procédait à l'examen était tenu d'envisager une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Cela est conforme à l'opinion exprimée par la Cour à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, auquel je renvoie plus loin.

Par conséquent, j'estime que, lorsqu'elle est conjuguée à une action en déclaration d'inconstitutionnalité, une requête en annulation participe du jugement déclaratoire à des fins constitutionnelles. Pour les motifs exposés plus loin, lorsque cette procédure est utilisée de cette façon, elle peut faire l'objet d'un appel dans le cadre du règlement d'une action en jugement déclaratoire.

Il n'est pas nécessaire que j'aborde deux autres questions auxquelles mon collègue fait allusion dans ses motifs, savoir: une requête en annulation peut-elle être présentée (i) indépendamment d'une action en jugement déclaratoire, ou (ii) pour des motifs autres que constitutionnels? Toute proposition voulant que seul le par. 231.3(7) permette de contester, pour des motifs conventionnels, la validité de mandats de perquisition décernés en vertu de la *LIR* doit s'inscrire dans le cadre de procédures qui soulèvent cette question.

I would simply note that s. 231.3(7) does not appear to permit a challenge to the validity of the warrant on grounds that have been traditionally permitted. Indeed, in an earlier proceeding in this case, warrants were quashed by Proudfoot J. for lack of disclosure and specificity. Searches and seizures involve the most serious invasion of privacy. Search warrants issued under the *Criminal Code* can be attacked by motion to quash brought before the superior court of the province. The grounds include failure to disclose, lack of specificity, the existence of less intrusive investigatory procedures and the like. See *Shumiatcher v. Attorney-General of Saskatchewan (No. 2)* (1960), 34 C.R. 154 (Sask. Q.B.), *Re Church of Scientology, supra*, and *R. v. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281. I would be surprised if this procedure were not available to a citizen who is subject to a search under the *ITA*.

An application under s. 231.3(7) would be a wholly inappropriate proceeding to test the constitutional validity of the provision under which the seizure is made. Subsection (7) applies only if the judge is satisfied that the documents seized will not be needed for an investigation or prosecution or were not seized in accordance with the warrant. It can only be resorted to if both the warrant and the statutory provision under which the warrant was issued are valid. The subsection is similar to s. 490 of the *Criminal Code* which sets up a more elaborate and detailed procedure for the return of documents. If the respondent's argument were accepted, it would follow that a motion to quash a search warrant issued under the *Code* could not be taken unless it were somehow fitted into an application for relief under s. 490. In my view, not only is subs. (7) not an appropriate forum with respect to a constitutional challenge of the search and seizure provision, but a judge would not have jurisdiction to deal with such a challenge upon a plain reading of the words of the subsection. To the extent that *Kohli v. Moase* (1988), 55 D.L.R.

Je soulignerais simplement que le par. 231.3(7) ne semble pas permettre la contestation de la validité du mandat pour des motifs qui ont été traditionnellement autorisés. En fait, lors d'une procédure antérieure en l'espèce, les mandats ont été annulés par le juge Proudfoot en raison d'une omission de divulguer et d'un manque de précision. Les fouilles, les perquisitions et les saisies comportent la plus grave atteinte à la vie privée. Les mandats de perquisition décernés en vertu du *Code criminel* peuvent être contestés par requête en annulation présentée à la cour supérieure de la province. Les moyens comprennent l'omission de divulguer, le manque de précision, l'existence de procédures d'enquête moins envahissantes et ainsi de suite. Voir *Shumiatcher c. Attorney-General of Saskatchewan (No. 2)* (1960), 34 C.R. 154 (B.R. Sask.), *Re Church of Scientology*, précité, et *R. v. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281. Je serais surpris qu'un citoyen qui fait l'objet d'une perquisition en vertu de la *LIR* ne puisse pas avoir recours à une telle procédure.

Une demande fondée sur le par. 231.3(7) constituerait une procédure tout à fait inadéquate pour vérifier la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle la saisie est effectuée. Le paragraphe (7) ne s'applique que si le juge est convaincu que les documents saisis ne seront pas nécessaires pour une enquête ou pour une poursuite ou qu'ils n'ont pas été saisis conformément au mandat. On ne peut y recourir que si le mandat et la disposition législative en vertu de laquelle le mandat a été décerné sont valides. Ce paragraphe est semblable à l'art. 490 du *Code criminel* qui établit une procédure plus élaborée et détaillée pour la restitution de documents. Si l'on faisait droit à l'argument de l'intimé, il en résulterait qu'une requête en annulation d'un mandat de perquisition décerné aux termes du *Code* ne pourrait être présentée à moins qu'elle ne s'inscrive de quelque façon dans le cadre d'une demande de redressement fondée sur l'art. 490. À mon avis, non seulement le par. (7) ne constitue-t-il pas un fondement convenable pour une contestation constitutionnelle de la disposition relative aux perquisitions et aux saisies, mais un juge n'aurait pas compétence pour entendre une telle contestation selon une interprétation

(4th) 737 (N.B.C.A.), suggests the contrary, I must respectfully disagree with it.

(ii) Declaratory Relief

In the alternative, I would distinguish *Knox Contracting* on the basis that the procedure relating to proceedings for declaratory relief on constitutional grounds cannot be characterized as criminal law so as to exclude a right of appeal. In *Knox Contracting* the proceeding taken was a motion to quash. There was no constitutional challenge to legislation. In this case, the proceeding taken was not simply to quash the warrant but an action for a declaration that s. 231.3 was invalid on constitutional grounds. A motion to quash, when not combined with an action for declaratory relief, may take its character for the purpose of division of powers from the underlying proceeding which it attacked. See *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, at pp. 585-86. On the other hand, an action for a declaration as to the constitutional validity of a statute does not necessarily partake of the character of the statute which is attacked. It has a life of its own.

This type of proceeding owes its independent character in part to the fundamental role of the provincial superior courts in Canada's constitutional system, particularly their power to declare federal and provincial legislation unconstitutional. The jurisdiction of the provincial superior courts to issue declaratory judgments on the constitutional validity of provincial and federal legislation (whether as to *vires* or consistency with the *Charter*) is fundamental to Canada's federal system: see *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 328. This jurisdiction is "constant, complete, and concurrent" with the jurisdiction of a criminal trial court: *Mills v. The Queen*, *supra*, at p. 892, *per* Lamer J. (as he then was) (Dickson C.J., concurring); see also at p. 956, *per* McIntyre J. (Beetz and Chouinard JJ., concurring) (the provincial

ordinaire du texte du paragraphe. Dans la mesure où l'arrêt *Kohli c. Moase* (1988), 55 D.L.R. (4th) 737 (C.A.N.-B.), propose le contraire, je dois, en toute déférence, être en désaccord avec celui-ci.

(ii) Réparation sous forme de jugement déclaratoire

Subsidiairement, je suis d'avis d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Knox Contracting* pour le motif que la procédure applicable à l'action en jugement déclaratoire fondée sur des moyens constitutionnels ne saurait être qualifiée de droit criminel de manière à exclure un droit d'appel. Dans *Knox Contracting*, la procédure visée était une requête en annulation. La mesure législative n'était pas contestée du point de vue constitutionnel. En l'espèce, la procédure ne vise pas simplement l'annulation du mandat mais vise à obtenir un jugement déclarant que l'art. 231.3 est invalide pour des motifs de nature constitutionnelle. Une requête en annulation qui n'est pas conjuguée à une action en jugement déclaratoire peut participer, aux fins du partage des compétences, de la procédure sous-jacente qu'elle conteste. Voir *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, aux pp. 585 et 586. Par ailleurs, une action visant à obtenir un jugement déclaratoire relativement à la constitutionnalité d'une loi ne participe pas nécessairement de la loi contestée. Elle existe par elle-même.

La nature indépendante de ce genre de procédure découle en partie du rôle fondamental des cours supérieures des provinces dans le régime constitutionnel canadien, particulièrement de leur pouvoir de déclarer inconstitutionnelles des lois fédérales et provinciales. La compétence qu'ont les cours supérieures des provinces pour rendre des jugements déclaratoires sur la constitutionnalité des lois fédérales et provinciales (sur la conformité ou la compatibilité avec la *Charte*) est essentielle au régime fédéral canadien: voir *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, à la p. 328. Cette compétence est «concurrente, permanente et complète» par rapport à celle d'une cour criminelle de première instance: *Mills c. La Reine*, précité, à la p. 892, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) (avec l'appui du juge en chef Dickson); voir également à la p. 956,

superior court is always a court of competent jurisdiction), and at p. 972, *per* La Forest J. This plenary jurisdiction is necessary both to enable the provincial superior courts to discriminate between valid and invalid federal laws so as to refuse to apply the invalid ones (*Attorney General v. Law Society of British Columbia*) and to ensure that the subject always has access to a remedy for violation of his or her *Charter* rights and freedoms (*Mills*).

le juge McIntyre (avec l'appui des juges Beetz et Chouinard) (la cour supérieure d'une province est toujours un tribunal compétent), et à la p. 972, le juge La Forest. Cette compétence absolue est nécessaire à la fois pour permettre aux cours supérieures des provinces d'établir une distinction entre les lois fédérales valides et invalides de manière à refuser d'appliquer celles qui sont invalides (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*) et pour faire en sorte que le particulier puisse toujours disposer d'un recours en cas de violation des droits ou des libertés que lui confère la *Charte* (*Mills*).

The declaration is a traditionally civil remedy which in its modern incarnation originated in the United Kingdom rules of court of 1883 (W. Wade, *Administrative Law* (6th ed. 1988), at p. 594). They provided that no action was open to objection simply because it sought a declaration and no other relief. This provision is preserved today in almost identical form in the *British Columbia Rules of Court*, r. 5(22), and in the rules or statutory provisions of other provinces.

Le jugement déclaratoire est traditionnellement un recours civil dont la version moderne remonte aux règles de procédure de 1883 du Royaume-Uni (W. Wade, *Administrative Law* (6^e éd. 1988), à la p. 594). Elles prévoyaient qu'aucune action ne pouvait être contestée simplement parce qu'elle visait à obtenir exclusivement un jugement déclaratoire. Cette disposition se retrouve aujourd'hui sous une forme presque identique au par. 5(22) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique et dans les règles ou dispositions législatives d'autres provinces.

The declaratory action to declare a statutory provision unconstitutional is not transformed from a civil remedy to a criminal remedy merely because the declaration relates to a criminal statutory provision. In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, this Court held that a citizen who had an interest in the *Criminal Code* provisions relating to abortion other than that of a potential accused could bring an action for a declaration that it was invalid on constitutional grounds. The action was tried and appeals taken in accordance with the civil rules of procedure. The appeal to this Court was dismissed by reason of mootness, the provisions under attack having been struck down by this Court's judgment in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. No issue was raised at any stage questioning its civil character. A taxpayer under investigation, quite apart from his interest as a possible accused, must have a right at least equal to that of an interested bystander to attack on constitutional grounds a law under which

L'action en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'une disposition est inconstitutionnelle ne se métamorphose pas d'un recours civil en un recours criminel simplement parce que le jugement déclaratoire vise une disposition législative criminelle. Dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, notre Cour a conclu qu'un citoyen qui avait un intérêt dans les dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement autre que celui d'un accusé éventuel pouvait tenter une action visant à obtenir un jugement déclarant qu'elles sont invalides pour des motifs de nature constitutionnelle. L'action a été entendue et les appels ont été interjetés conformément aux règles de procédure civile. Le pourvoi à notre Cour a été rejeté parce qu'il était devenu théorique, les dispositions contestées ayant été déclarées inopérantes par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. La nature civile de cette action n'a jamais été mise en doute. Un contribuable qui fait l'objet d'une enquête, tout à fait indé-

his books and records have been seized and are being retained. The right to do so must surely include an equal right to take the case to a higher court.

This does not mean that an action for a declaration can be used as a substitute for an application to the trial judge in a criminal case in order to acquire a right of appeal. By virtue of s. 24(1) of the *Charter*, there are some proceedings available to an accused in the context of a criminal case in respect to issues that could be the subject of an action for a declaration. One example is an application to quash an information or indictment on the grounds that the section of the *Criminal Code* upon which the charge is based violates the *Charter*. See *R. v. Morgentaler* (1984), 16 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.). The same issue could be litigated by means of an action to declare the section invalid. The superior courts have jurisdiction to entertain such applications even if the superior court to which the application is made is not the trial court. However, a superior court has a discretion to refuse to do so unless, in the opinion of the superior court, given the nature of the violation and the need for a timely review, it is better suited than the trial court to deal with the matter. See *Mills, supra*, per Lamer J. at pp. 891-96, and per La Forest J. at pp. 976-77, affirmed by the full Court in *R. v. Smith, supra*, at pp. 1129-30. The superior court would therefore have jurisdiction to entertain an action for a declaration seeking this kind of relief but subject to the same discretion to refuse to exercise it. The superior court's discretion to decline to exercise its jurisdiction on the basis set out in *Mills* and *Smith, supra*, is buttressed by the discretionary nature of declaratory relief by virtue of which the court can refuse to entertain such an action for a variety of reasons. The court is justified in refusing to entertain the action if there is another procedure available in which more effective relief can be obtained or the court decides that the legislature intended that the other procedure should be followed. See E. Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), at p. 303, and I. Zamir in *The*

pendamment de son intérêt en tant qu'accusé éventuel, doit avoir un droit au moins égal à celui d'un observateur intéressé de contester, pour des motifs de nature constitutionnelle, une loi en vertu de laquelle ses livres et dossiers ont été saisis et sont retenus. Ce droit doit certainement comprendre un droit égal d'interjeter appel à un tribunal supérieur.

Cela ne veut pas dire qu'on peut recourir à une action en jugement déclaratoire au lieu de présenter au juge du procès, dans une affaire criminelle, une demande visant à acquérir un droit d'appel. En vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un accusé peut avoir recours à certaines procédures dans le contexte d'une affaire criminelle relativement à des questions qui pourraient faire l'objet d'une action en jugement déclaratoire. À titre d'exemple, il y a la demande d'annulation d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation pour le motif que l'article du *Code criminel* sur lequel l'accusation est fondée viole la *Charte*. Voir *R. c. Morgentaler* (1984), 16 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.). La même question pourrait être soulevée devant les tribunaux au moyen d'une action visant à faire déclarer l'article invalide. Les cours supérieures ont compétence pour entendre de telles demandes même si la cour supérieure à qui la demande est présentée n'est pas le tribunal de première instance. Toutefois, une cour supérieure a le pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire, à moins qu'à son avis, compte tenu de la nature de la violation et de la nécessité d'un examen dans les plus brefs délais, elle soit plus apte que le tribunal de première instance pour traiter l'affaire. Voir *Mills*, précité, le juge Lamer, aux pp. 891 à 896, et le juge La Forest, aux pp. 976 et 977, confirmé par la Cour siégeant au complet dans *R. c. Smith*, précité, aux pp. 1129 et 1130. Par conséquent, la cour supérieure serait compétente pour entendre une action visant à obtenir un jugement déclaratoire accordant ce genre de redressement, mais sous réserve du même pouvoir discrétionnaire de refuser de l'exercer. Le pouvoir discrétionnaire de la cour supérieure de refuser d'exercer sa compétence pour le motif exposé dans les arrêts *Mills* et *Smith*, précités, est renforcé par la nature discrétionnaire du jugement déclaratoire en vertu de laquelle le tribunal peut refuser d'entendre une telle action pour diverses raisons. La

Declaratory Judgment (1962), at p. 226. See also *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] S.C.R. 652, at p. 659, and *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94, at pp. 103 and 106. As a general rule, this discretion should be exercised to refuse to entertain the action when declaratory relief is being sought as a substitute for obtaining a ruling in a criminal case. This will be the apt characterization of any declaration which is sought with respect to relief that could be obtained from a trial court which has been ascertained. The same considerations apply before a trial court has been ascertained if the relief sought will determine some issue in pending criminal proceedings and does not have as a substantial purpose vindication of an independent civil right. In such circumstances, the mere fact that relief was sought in the guise of an action for a declaration would not confer a right of appeal from the refusal to entertain the action.

In the present case, however, no issue was raised in respect of the British Columbia Supreme Court's jurisdiction nor in respect of the exercise of its discretion to entertain the appellants' application by way of originating petition. There was no trial court in sight because no charge or charges had been laid. While the attack on the validity of the statutory provision authorizing the search would affect the admissibility, at trial, of the things seized, it was also vital to the civil interests of the taxpayer. The search warrant would not only authorize a trespass but seizure of personal property. The petition for a declaration was therefore properly entertained under the British Columbia rules of procedure. There is no reason why those rules which clearly applied at first instance should not apply to permit an appeal in the circumstances

cour est justifiée de refuser d'entendre l'action s'il est possible de recourir à autre procédure permettant d'obtenir un redressement plus efficace ou si la cour décide que le législateur voulait que l'autre procédure soit suivie. Voir E. Borchard, *Declaratory Judgments* (2^e éd. 1941), à la p. 303, et I. Zamir dans *The Declaratory Judgment* (1962), à la p. 226. Voir également *City of Lethbridge c. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.*, [1923] R.C.S. 652, à la p. 659, et *Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94, aux pp. 103 et 106. En règle générale, ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé pour refuser d'entendre l'action lorsqu'on cherche à obtenir un jugement déclaratoire au lieu d'une décision dans une affaire criminelle. Il s'agit de la bonne qualification de tout jugement déclaratoire qui est demandé relativement au redressement qui pourrait être obtenu d'un tribunal de première instance déterminé. Les mêmes considérations s'appliquent avant qu'un tribunal de première instance soit déterminé si le redressement demandé réglera une question qui a été soulevée dans des procédures criminelles en cours et qui n'a pas essentiellement pour but de revendiquer un droit civil indépendant. Dans de telles circonstances, le simple fait que le redressement ait été demandé sous forme d'action en jugement déclaratoire ne confère pas un droit d'appel contre le refus d'entendre l'action.

En l'espèce, toutefois, aucune question n'a été soulevée relativement à la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni en ce qui a trait à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'entendre la demande des appelants par voie de requête introductive d'instance. Aucun tribunal de première instance n'était visé parce qu'aucune accusation n'avait été portée. Même si la contestation de la validité de la disposition législative autorisant la perquisition avait un effet sur l'admissibilité, au procès, des choses saisies, elle était également essentielle aux droits civils du contribuable. Le mandat de perquisition autoriserait non seulement une intrusion mais également la saisie de biens personnels. La demande de jugement déclaratoire a donc été entendue à bon droit selon les règles de procédure de la Colombie-Britan-

of this case. If Parliament did not intend to exclude a petition for a declaration under provincial rules, it cannot have intended to exclude an appeal pursuant to the same rules.

B. *Constitutionality of Section 231.3*

For the reasons that I gave in *Baron, supra*, I hold that s. 231.3 *ITA* violates the reasonable search guarantee found in s. 8 of the *Charter*, and is consequently, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, of no force or effect. I would answer the constitutional question in the affirmative.

VI. Disposition

I would therefore allow the appeal and set aside the judgments of the British Columbia Court of Appeal and the British Columbia Supreme Court. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, limits the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982, 1982 (U.K.)*, c. 11, and is consequently of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982 (U.K.)*, c. 11.

Answer: Yes, in so far as s. 8 is concerned. It is not necessary to consider s. 7.

A declaration will issue declaring that s. 231.3 *ITA* and the search warrant issued thereunder are of no force or effect. In addition, an order will issue for the return of all documents, books, records,

nique. Il n'y a aucune raison pour laquelle ces règles qui s'appliquaient clairement en première instance ne devraient pas s'appliquer pour autoriser un appel dans les circonstances de la présente affaire. Si le Parlement n'a pas voulu exclure une requête visant à obtenir un jugement déclaratoire aux termes des règles provinciales, il ne peut avoir eu l'intention d'exclure un appel conformément aux mêmes règles.

B. *La constitutionnalité de l'article 231.3*

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Baron*, précité, je conclus que l'art. 231.3 *LIR* viole la garantie en matière de fouilles et de perquisitions raisonnables que l'on trouve à l'art. 8 de la *Charte*, et qu'il est donc inopérant conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par l'affirmative.

VI. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer les jugements de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Je réponds à la question constitutionnelle de la manière suivante:

Question: L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, limite-t-il les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.)*, ch. 11, et est-il, par conséquent, inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.)*, ch. 11?

Réponse: Oui, dans la mesure où l'art. 8 est visé. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'art. 7.

Un jugement déclarant inopérants l'art. 231.3 *LIR* et le mandat de perquisition décerné sous son régime est rendu. De plus, est ordonnée la restitution de tous les documents, livres, dossiers, papiers

papers and things seized together with any copies or notes that have been made thereof. The appellants will have their costs here and in the courts below.

Appeal allowed with costs. Section 231.3 of the Income Tax Act infringes s. 8 of the Charter.

Solicitors for the appellants: Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Ouellette, Desruisseaux, Veillette, Montréal.

et éléments saisis ainsi que les extraits ou copies de ceux-ci. Des dépens sont accordés aux appelants dans toutes les cours.

^a *Pourvoi accueilli avec dépens. L'article 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu contrevient à l'art. 8 de la Charte.*

^b *Procureurs des appelants: Phillips & Vineberg, Montréal.*

Procureur de l'intimé: John C. Tait, Ottawa.

^c *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

^d *Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Ouellette, Desruisseaux, Veillette, Montréal.*

**Vera Ciarlariello and Lena Ciarlariello,
Administrators of the Estate of Giovanna
Ciarlariello, Deceased** *Appellants*

v.

**Marilyn Anne Keller, M.D., and Robert A.
Greco, M.D.** *Respondents*

INDEXED AS: CIARLARIELLO v. SCHACTER

File No.: 22343.

1992: November 30; 1993: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Battery — Medical procedure — Consent — Patient undergoing procedure withdrawing consent during procedure — Patient deciding to continue with procedure and suffering quadriplegia as a result of procedure — Patient had undergone same procedure previously and had understood nature and risks of procedure — Whether patient had to be informed anew of attendant risks when consenting to continue with procedure.

Physicians and surgeons — Negligence — Duty to disclose — Patient undergoing procedure withdrawing consent during procedure — Patient deciding to continue with procedure and suffering quadriplegia as a result of procedure — Patient had undergone same procedure previously and had understood nature and risks of procedure — Whether patient had to be informed anew of attendant risks when consenting to continue with procedure.

Mrs. Ciarlariello was diagnosed with a suspected aneurism. Her neurologist explained through an interpreter both the nature of the cerebral angiogram—the x-raying of a dye injected through a catheter into the arteries leading to the brain—required to locate the rupture and the risks involved. The first procedure was performed by Dr. Keller, an experienced radiologist. She again explained the procedure without an interpreter. The patient appeared to understand and gave her consent. However Dr. Keller had some misgivings about her complete comprehension. As a result, Dr. Keller destroyed the patient's original consent form and insisted that the patient be returned to her own hospital

**Vera Ciarlariello et Lena Ciarlariello,
administratrices de la succession de feu
Giovanna Ciarlariello** *Appelantes*

a

c.

**D^r Marilyn Anne Keller et D^r Robert A.
Greco** *Intimés*

b

RÉPERTORIÉ: CIARLARIELLO c. SCHACTER

N^o du greffe: 22343.

1992: 30 novembre; 1993: 22 avril.

c

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

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

d

Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Acte médical — Consentement — Retrait du consentement de la patiente au cours d'un acte médical — Décision de la patiente de continuer l'acte et quadriplégie de la patiente par suite de l'acte — La patiente avait subi le même acte antérieurement et en avait compris la nature et les risques — La patiente devait-elle être informée de nouveau des risques qui accompagnaient l'acte lorsqu'elle a consenti à ce qu'il se poursuive?

f

Médecins et chirurgiens — Négligence — Obligation de divulgation — Retrait du consentement de la patiente au cours d'un acte médical — Décision de la patiente de continuer l'acte et quadriplégie de la patiente par suite de l'acte — La patiente avait subi le même acte antérieurement et en avait compris la nature et les risques — La patiente devait-elle être informée de nouveau des risques qui accompagnaient l'acte lorsqu'elle a consenti à ce qu'il se poursuive?

g

On avait diagnostiqué un anévrisme chez M^{me} Ciarlariello. Le neurologue lui a expliqué par l'intermédiaire d'une interprète à la fois la nature de l'angiographie cérébrale—des radiographies d'un produit de contraste injecté par un cathéter dans les artères conduisant au cerveau—nécessaire pour localiser la rupture, et les risques qu'elle comportait. Le premier procédé a été exécuté par le D^r Keller, radiologue expérimentée, qui lui a expliqué de nouveau le test sans l'aide d'un interprète. La patiente a paru comprendre et a donné son consentement. Le D^r Keller doutait toutefois qu'elle eût bien compris. Par conséquent, elle a détruit la formule de consentement et a insisté pour que la patiente soit ren-

h

i

j

so she could talk to her family about the test. The patient later returned to Dr. Keller's hospital with a consent form signed by her daughter. The first cerebral angiogram failed to demonstrate a definite aneurism and it was decided that a second was needed to investigate the suspected area. Before it could be performed a "re-bleed" of the aneurism was diagnosed. This increased the already significant risk of morbidity. The patient consented to a second cerebral angiogram. Dr. Greco, also an experienced radiologist, explained the nature of this second test and its risks. The patient appeared to understand and consented to the procedure. The patient experienced discomfort during the test, hyperventilated and, when calmed down, told the doctor to stop the test. The doctors determined that any symptoms the patient experienced were caused by tetany. The patient, when calm, instructed the doctors to finish the test after they informed her that the procedure required only another five minutes to complete. Dr. Keller, administered the final injection. The patient suffered an immediate reaction to the injection of the dye which rendered her a quadriplegic. Dr. Keller, testified that such a reaction was extremely rare and that never, before or since, had she seen such a reaction.

The patient brought an action against the respondent physicians. She died subsequent to the trial of the action and appellants carried on the action. Both the action, and an appeal, were dismissed. At issue here was the nature and extent of the duty of disclosure owed by a doctor to a patient who withdraws the consent given to a medical procedure during the course of that procedure.

Held: The appeal should be dismissed.

Appellants' action in battery could not succeed. There was a sound factual basis for the finding that the patient consented to the continuation of the angiogram and that she was capable of giving consent to continuing the procedure. There was neither fraud nor misrepresentation in obtaining the consent and the procedure was the one anticipated and was identical to one performed a week earlier.

An objective approach should be taken in deciding whether a risk is material and therefore one which should be explained to the patient. The crucial question in determining the issue is whether a reasonable person in the patient's position would want to know of the risk.

voyée à son hôpital pour qu'elle discute du test avec sa famille. La patiente est plus tard revenue à l'hôpital du Dr Keller munie d'une formule de consentement signée par sa fille. La première angiographie cérébrale n'a pas permis d'établir avec certitude l'existence d'un anévrisme et il a été décidé qu'une seconde angiographie s'imposait afin de sonder l'endroit suspect. Avant qu'elle puisse être effectuée, une reprise de saignement de l'anévrisme a été diagnostiquée, ce qui augmentait le risque déjà grand de décès. La patiente a consenti à une seconde angiographie cérébrale. Le Dr Greco, radiologue expérimenté lui aussi, a expliqué la nature de ce second test et les risques qu'il comportait. La patiente a paru comprendre et a donné son consentement. La patiente a ressenti un malaise pendant le test, a fait de l'hyperventilation et, une fois calmée, a dit au médecin d'arrêter le test. Les médecins ont établi que les symptômes de la patiente résultaient de la tétanie. Alors qu'elle était calme, la patiente a dit aux médecins de compléter le test après qu'ils lui eurent dit qu'il ne fallait que cinq minutes pour y arriver. Le Dr Keller lui a administré la dernière piqûre. L'injection du produit de contraste a provoqué chez la patiente une réaction immédiate qui l'a rendue quadriplégique. Ce genre de réaction, selon la déposition du Dr Keller, est extrêmement rare. De fait elle n'a jamais, ni avant ni depuis, constaté une telle réaction.

La patiente a introduit une action contre les médecins intimés. Elle est décédée après l'audience en première instance et les appelantes se sont chargées de la poursuite du litige. L'action et l'appel ont tous deux été rejetés. Le litige porte sur la nature et l'étendue de l'obligation de divulgation d'un médecin envers un patient qui retire au cours d'un acte médical son consentement à cet acte.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les appelantes ne sauraient obtenir gain de cause dans leur action pour voies de fait. Il existait un solide fondement factuel pour la conclusion que la patiente avait consenti à la continuation de l'angiographie et qu'elle était capable d'exprimer son consentement à la continuation du procédé. Il n'y a eu ni fraude ni déclaration inexacte dans l'obtention du consentement, et le procédé était celui auquel s'attendait la patiente et il était identique à celui pratiqué une semaine auparavant.

Pour décider si un risque est important et doit en conséquence être expliqué au patient, il convient d'adopter un point de vue objectif. La question clé dans cette décision est de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la situation du patient souhaiterait connaître le

The doctors involved conducted themselves in an exemplary manner. All the possible risks that could arise from the procedure were fully explained on several occasions to both the patient and her daughter.

Whether or not there has been a withdrawal of consent is a question of fact. The words used by a patient may be ambiguous. Even if they are apparently clear, the circumstances under which they were spoken may render them ambiguous. On some occasions, the doctors conducting the process may reasonably take the words spoken by the patient to be an expression of pain rather than a withdrawal of consent.

Generally if there is any question as to whether the patient is attempting to withdraw consent, the doctor must ascertain whether the consent has in fact been withdrawn. Every patient's right to bodily integrity encompasses the right to determine what medical procedures will be accepted and the extent to which they will be accepted. The right to decide what is to be done to one's own body includes the right to be free from medical treatment to which the individual does not consent. The requirement that disclosure be made to the patient is based on this concept of individual autonomy. If, during the course of a medical procedure a patient withdraws the consent to that procedure, then the doctors must halt the process unless the medical evidence suggested that terminating the process would be either life threatening or pose immediate and serious problems to the health of the patient.

The question as to whether or not a consent has been withdrawn during the course of a procedure will depend on the circumstances of each case and may require the trial judge to make difficult findings of fact. Expert medical evidence, while relevant, will not necessarily be determinative of the issue. Indeed, in cases such as this where the patient must be conscious and cooperative in order for the procedure to be performed, it may well be beyond doubt that the patient was capable of withdrawing consent. The fact that the patient had withdrawn consent was not an issue here.

The appropriate approach is to focus in each case on what the patient would like to know concerning the continuation of the process once the consent has been withdrawn. Looking at it objectively, a patient would want to know whether there had been any significant change in the risks involved or in the need for the continuation of this process which had become apparent during the course of the procedure. In addition, the patient will want to know if there has been a material change in cir-

risque. Les médecins en cause ont agi de façon exemplaire. Tous les risques éventuels que pouvait comporter le procédé en question ont été pleinement expliqués à plusieurs reprises, tant à la patiente qu'à sa fille.

^a Quant à savoir si le consentement a été retiré, il s'agit d'une question de fait. Les propos du patient peuvent être ambigus. Et même s'ils semblent clairs, les circonstances dans lesquelles ils ont été tenus peuvent faire naître de l'ambiguïté. En effet, il arrive parfois que les ^b médecins qui exécutent le procédé peuvent raisonnablement supposer que les paroles du patient expriment la douleur plutôt que le retrait du consentement.

En règle générale, s'il y a des doutes quant à savoir si ^c le patient tente de retirer son consentement, le médecin doit s'assurer que le consentement a effectivement été retiré. Le droit de tout patient au respect de l'intégrité de sa personne comprend le droit de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes ^d médicaux. Le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps comprend le droit de refuser un traitement médical auquel il n'a pas consenti. L'obligation de divulgation envers le patient est fondée sur ce concept ^e de l'autonomie individuelle. Si, au cours d'un acte médical, le patient retire son consentement à cet acte, les médecins doivent alors l'interrompre sauf dans les cas où, d'après la preuve médicale, l'interruption du procédé compromettrait la vie du patient ou présenterait des problèmes graves et immédiats pour sa santé.

^f La question de savoir s'il y a eu retrait du consentement au cours d'un procédé dépendra des circonstances de chaque cas et peut mettre le juge de première instance dans l'obligation de tirer de difficiles conclusions ^g de fait. Bien que pertinente, la preuve de médecins experts ne sera pas nécessairement déterminante. En fait, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, où le patient doit être conscient et coopératif pendant le procédé, il se peut bien que le patient ait, sans l'ombre ^h d'un doute, la capacité de retirer son consentement. La question du retrait du consentement n'est pas en litige ici.

La méthode appropriée consiste à se demander ce que ⁱ le patient souhaiterait savoir concernant la continuation du procédé après avoir retiré son consentement. Du point de vue objectif, un patient voudrait savoir s'il s'est manifesté au cours du procédé un changement important quant aux risques qu'il comporte ou quant à la nécessité ^j de le poursuivre. Le patient voudra aussi savoir s'il y a eu dans les circonstances un changement important qui pourrait modifier son appréciation des inconvénients ou

cumstances which could alter the patient's assessment of the costs or benefits of continuing the procedure. Changes may arise during the course of the procedure which are not at all relevant to the issue of consent. Yet, the critical question will always be whether the patient would want to have the information pertaining to those changes in order to decide whether to continue. The patient here was capable of giving her consent to the continuation of the procedure based on the earlier disclosures and did so.

The doctor must bear the burden of showing that the patient understood the explanation and instructions given. The conclusion that the patient here understood and had given valid consent to continue the procedure, notwithstanding the absence of an interpreter, could be drawn from her demonstrated ability to comprehend the language adequately. There was complete and proper disclosure made by the respondents of all the risks involved in the procedure.

It was not necessary to consider the issue of causation. The risks involved in the performance of an angiogram were far less than the risks which would flow from not locating and treating an aneurism. A patient in Mrs. Ciarlariello's position would not have declined the angiography. The evidence supported the conclusion the patient's quadriplegia was caused by contrast induced toxicity. The other possible causes were investigated and ruled out as causes of the paralysis.

The appellants' action in negligence must also fail. When a patient withdraws consent during a procedure to its continuation the procedure must be stopped unless to do so would seriously endanger the patient. However, the patient may still consent to the renewal or continuation of the process. That consent must also be informed. Although it may not be necessary that the doctors review with the patient all the risks involved in the procedure, the patient must be advised of any material change in the risks which has arisen and would be involved in continuing the process. In addition, the patient must be informed of any material change in the circumstances which could alter his or her assessment of the costs or benefits of continuing the procedure. Here, there had been no material change in the circumstances and a valid consent was given to the continuation of the process.

des avantages de continuer le procédé. Il peut survenir au cours du procédé des changements qui n'ont absolument rien à voir avec la question du consentement. Pourtant, la question déterminante sera toujours de savoir si le patient voudrait être informé de ces changements afin de pouvoir décider de continuer ou non. La patiente en l'espèce était capable de donner à la continuation du procédé un consentement fondé sur les divulgations précédentes, et elle l'a fait.

Le médecin doit avoir la charge de prouver que le patient a compris l'explication et les instructions données. Sa compréhension visiblement suffisante de la langue justifie la conclusion que, malgré l'absence d'un interprète, la patiente en l'espèce a compris et a donné un consentement valable à la continuation du procédé. Les intimés ont fait une divulgation complète et valable de tous les risques inhérents au procédé en cause.

Il n'était pas nécessaire d'examiner la question de la causalité. Les risques inhérents à une angiographie sont moins graves que ceux découlant de la non-localisation et du non-traitement d'un anévrisme. Un patient dans la situation de Mme Ciarlariello n'aurait pas refusé l'angiographie. La preuve appuie la conclusion que la quadriplégie de la patiente a été provoquée par une intoxication attribuable au produit de contraste. Les autres causes possibles de la paralysie ont été examinées et écartées.

L'action des appelantes pour négligence doit également être rejetée. Lorsque, au cours d'un procédé, un patient retire son consentement à sa continuation, ce procédé doit être interrompu, à moins que cela ne présente un grave danger pour le patient. Toutefois, celui-ci peut encore consentir à sa reprise ou à sa continuation. Ce consentement doit, lui aussi, être éclairé. Bien qu'il ne soit peut-être pas nécessaire que les médecins lui exposent de nouveau tous les risques inhérents au procédé, le patient doit être informé de tout changement important survenu quant aux risques que présenterait sa continuation. De plus, il doit être mis au courant de tous les changements importants des circonstances qui pourraient modifier son appréciation des inconvénients ou des avantages de poursuivre le procédé. En l'espèce, il n'y avait eu aucun changement important des circonstances et un consentement valable a été donné à la continuation du procédé.

Cases Cited

Considered: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Mitchell v. McDonald* (1987), 40 C.C.L.T. 266; *Nightingale v. Kaplovitch*, [1989] O.J. No. 585 (QL); **referred to:** *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Schanczl v. Singh*, [1988] 2 W.W.R. 465.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 44 O.A.C. 385, 76 D.L.R. (4th) 449, 5 C.C.L.T. (2d) 221, dismissing an appeal from a judgment of Dupont J. (1987), 7 A.C.W.S. (3d) 51. Appeal dismissed.

E. A. Cherniak, Q.C., and *Patricia D. Jackson*, for the appellants.

F. Paul Morrison, Kevin C. McLoughlin and *Tracey Pearce*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—At issue in this appeal is the nature and the extent of the duty of disclosure owed by a doctor to a patient who withdraws the consent given to a medical procedure during the course of that procedure.

I — Factual Background

Giovanna Ciarlariello was born in Italy in 1931. She moved to Toronto in 1955, was married there the following year, and bore two daughters, Vera and Lena. In 1965, her husband left her. In 1967, she began to work as a full-time employee on the cleaning staff of the Mount Sinai Hospital.

On December 20, 1980, Mrs. Ciarlariello came to work, at her usual time, 7:00 a.m. About 8:45 a.m. she experienced a sudden and severe headache. She went to the emergency department of the hospital. There she was diagnosed as having a grade one subarachnoid haemorrhage. This is a very serious condition which results from a ruptured aneurism. Between 40 to 50 percent of those who suffer a ruptured aneurism die within a few weeks of its occurrence. There is a significant risk of a further haemorrhage. If this occurs, 67 percent

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Mitchell c. McDonald* (1987), 40 C.C.L.T. 266; *Nightingale c. Kaplovitch*, [1989] O.J. No. 585 (QL); **arrêts mentionnés:** *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Schanczl c. Singh*, [1988] 2 W.W.R. 465.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 44 O.A.C. 385, 76 D.L.R. (4th) 449, 5 C.C.L.T. (2d) 221, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Dupont (1987), 7 A.C.W.S. (3d) 51. Pourvoi rejeté.

E. A. Cherniak, c.r., et *Patricia D. Jackson*, pour les appelantes.

F. Paul Morrison, Kevin C. McLoughlin et *Tracey Pearce*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—Il s'agit en l'espèce de déterminer la nature et l'étendue de l'obligation de divulgation qu'a un médecin envers un patient qui retire au cours d'un acte médical son consentement à cet acte.

I — Les faits

Giovanna Ciarlariello est née en Italie en 1931. En 1955, elle s'est installée à Toronto, s'y est mariée l'année suivante et a donné naissance à deux filles, Vera et Lena. Séparée de son mari en 1965, M^{me} Ciarlariello a commencé en 1967 à travailler à plein temps comme femme de ménage à l'hôpital Mount Sinai.

Le 20 décembre 1980, M^{me} Ciarlariello s'est présentée au travail à 7 h, comme à l'accoutumée. Vers les 8 h 45, elle a brusquement été prise d'un mal de tête intense et s'est rendue au service d'urgence de l'hôpital, où l'on a diagnostiqué une hémorragie méningée de première catégorie. Il s'agit là d'un état très grave résultant de la rupture d'un anévrisme. Dans entre 40 et 50 pour 100 des cas, la victime succombe en l'espace de quelques semaines. De plus, le risque d'une nouvelle hémorragie est élevé. S'il y a « reprise du saignement », le

of those who suffer the further haemorrhage or "re-bleed" will die and that percentage applies to each succeeding re-bleed. It was decided that Mrs. Ciarlariello would have to undergo surgery to treat the aneurism.

In order to determine the site of the suspected aneurysm, Mrs. Ciarlariello's physicians ordered a cerebral angiogram. In this procedure a catheter is inserted in the patient's groin and is threaded up to the neck. A dye is then injected into the blood vessels leading to the head and X-ray pictures are taken. From them, the problem area can usually be located. Dr. Schacter, the neurologist in charge of Mrs. Ciarlariello's care, testified that he explained the procedure and its risks in some detail to Mrs. Ciarlariello, and in greater detail to her daughter, Vera, who acted as translator. Mrs. Ciarlariello gave her consent to having the tests performed. While awaiting the tests, Mrs. Ciarlariello was admitted to hospital and was kept sedated in a darkened room, in order to eliminate as much stress and stimuli as possible pending treatment of the suspected aneurysm.

Mrs. Ciarlariello was taken to the Toronto General Hospital on December 22, 1980, for the first of two angiograms. The respondent, Dr. Keller, a very experienced radiologist with the Toronto General, was to perform the first angiogram. When she met with Mrs. Ciarlariello, Dr. Keller followed her usual procedure of identifying herself and advised Mrs. Ciarlariello that she would carry out the scheduled test. She explained why the test was necessary, stating that an artery in her head had ruptured and that it was necessary to locate it to prevent further bleeding. She described how the test would proceed. Pointing to Mrs. Ciarlariello's groin, she explained that the anaesthetic would be injected at that site, followed by a tube which would go to an artery above her heart. Dye would be injected in the tube and x-rays taken. She reviewed the symptoms Mrs. Ciarlariello was likely to experience, particularly as the dye was

taux de mortalité se situe à 67 pour 100, pourcentage qui vaut pour chacune des reprises successives du saignement. On a donc décidé d'une intervention chirurgicale pour traiter l'anévrisme de M^{me} Ciarlariello.

Afin de déterminer l'endroit de l'anévrisme soupçonné, les médecins de M^{me} Ciarlariello ont prescrit une angiographie cérébrale. Cette technique consiste à faire monter jusqu'au cou du patient un cathéter introduit dans l'aîne, à injecter un produit de contraste dans les vaisseaux sanguins conduisant à la tête, et à faire des radiographies, lesquelles permettent normalement de localiser le problème. Le D^r Schacter, le neurologue chargé du traitement de M^{me} Ciarlariello, a témoigné lui avoir fait une explication passablement détaillée du procédé et des risques qu'il comportait et l'avoir expliqué de façon encore plus détaillée à Vera, fille de M^{me} Ciarlariello, qui a fait office d'interprète. Madame Ciarlariello a donné son consentement aux tests. En attendant de les subir, elle a été admise à l'hôpital et gardée sous sédation dans une chambre sombre afin qu'elle soit exposée le moins possible au stress et aux stimuli jusqu'à ce que soit traité l'anévrisme soupçonné.

Le 22 décembre 1980, M^{me} Ciarlariello a été transportée au Toronto General Hospital pour la première de deux angiographies, laquelle devait être pratiquée par l'intimée, le D^r Keller, radiologue très expérimentée à cet hôpital. Quand elle a rencontré M^{me} Ciarlariello, le D^r Keller, suivant son habitude, s'est présentée à la patiente, puis elle l'a informée que c'est elle qui allait lui faire subir le test prévu. Elle lui a expliqué la nécessité de celui-ci, précisant qu'une artère dans sa tête s'était rompue et qu'il fallait localiser la rupture afin d'empêcher une reprise du saignement. Elle a expliqué le déroulement du test. Désignant l'aîne de M^{me} Ciarlariello, elle a dit qu'un anesthésique y serait injecté et qu'ensuite on y introduirait un tube jusque dans une artère au-dessus du cœur. Un produit de contraste serait alors injecté dans le tube et on ferait des radiographies. Le D^r Keller a énuméré les symptômes que M^{me} Ciarlariello pouvait s'attendre à éprouver, surtout lors de l'injection du produit de contraste. Elle a dit à M^{me} Ciarlariello

injected. She told Mrs. Ciarlariello that she would explain what was happening during the procedure.

Dr. Keller then outlined the principal risks involved in the procedure. The first was blindness, which could result if a clot broke from the end of the catheter and blocked an artery supplying blood to an eye; the others were the risk of paralysis which could be transient or permanent, or a stroke. She explained that while there was a very low incidence of these events occurring the risks were real and she should be aware of them. Further, she advised Mrs. Ciarlariello that there was a risk of death, which although low, could occur as a result of a reaction to the dye.

Dr. Keller described Mrs. Ciarlariello as a bit drowsy, probably from sedation, but relatively calm and normally anxious. She appeared to understand all that she was told and did not seem to react adversely to the risks involved. The doctor then asked her to sign a consent to the proposed procedure, and this she did.

Despite her impression that Mrs. Ciarlariello understood all that had been explained to her, Dr. Keller was left with some misgivings pertaining to the consent. Therefore, Dr. Keller destroyed the consent form signed by Mrs. Ciarlariello. She then spoke on the phone to an intern in Dr. Schacter's service and Dr. Schacter at the Mount Sinai Hospital. She suggested that the family be consulted with regard to the consent to make sure Mrs. Ciarlariello understood it completely. She was advised that a family member was available for that purpose.

Dr. Keller then told Mrs. Ciarlariello about her decision to return her to Mount Sinai Hospital so that she could talk to her family about the test. Although, Mrs. Ciarlariello wished to proceed without consulting her family, Dr. Keller insisted that she do so.

Mrs. Ciarlariello returned to Toronto General Hospital at 2:00 p.m. on the same day with a consent signed by her daughter, Vera. The angiogram was then conducted. Two injections were made in

qu'elle lui expliquerait ce qui se passait au cours du procédé.

Puis le Dr Keller a exposé les principaux risques inhérents à ce procédé. D'abord, la cécité pouvait s'ensuivre si un caillot se détachait du bout du cathéter pour ensuite oblitérer une artère qui porte le sang à un œil. Il y avait en outre risque de paralysie temporaire ou permanente ou d'accident cérébro-vasculaire. Le Dr Keller a expliqué que ces risques, quoique fort minimes, n'en étaient pas moins réels pour autant et que la patiente devait les connaître. Elle a en outre informé M^{me} Ciarlariello du risque, faible certes, de mourir par suite d'une réaction au produit de contraste.

D'après le Dr Keller, M^{me} Ciarlariello manifestait un certain assoupissement, probablement en raison de la sédation, mais était relativement calme et témoignait d'une anxiété normale. Elle a paru comprendre tout ce qu'on lui disait et n'a pas semblé s'opposer devant les risques exposés. Le docteur lui a alors demandé de signer un consentement au procédé envisagé, ce qu'elle a fait.

Malgré son impression que M^{me} Ciarlariello avait compris toutes les explications, le Dr Keller doutait quand même de la validité du consentement. Elle a donc détruit la formule de consentement signée par M^{me} Ciarlariello. Elle a ensuite parlé au téléphone avec un interne relevant du Dr Schacter, et avec le Dr Schacter lui-même, à l'hôpital Mount Sinai. Elle a proposé de consulter la famille au sujet du consentement afin de s'assurer que M^{me} Ciarlariello avait parfaitement compris de quoi il s'agissait. On lui a fait savoir qu'un parent était disponible à cette fin.

Le Dr Keller a alors fait part à M^{me} Ciarlariello de sa décision de la renvoyer à l'hôpital Mount Sinai pour qu'elle puisse discuter du test avec sa famille. Quoique M^{me} Ciarlariello ait voulu subir le test sans consulter sa famille, le Dr Keller a tenu à ce qu'elle le fasse.

Munie d'un consentement signé par sa fille Vera, M^{me} Ciarlariello est retournée au Toronto General Hospital à 14 h le même jour. On a procédé alors à l'angiographie. Deux injections ont

each of the left and right carotid and left vertebral arteries. Although the procedure failed to demonstrate a definite aneurism, the test results did reveal a particular area which was suspected to contain the aneurism. It was decided that a second angiogram was needed to investigate this suspected area.

On December 26, 1980, Mrs. Ciarlariello suffered another sudden and severe headache. The following day, Dr. Schacter discussed the situation with Mrs. Ciarlariello and Vera. He told them that, in his opinion, Mrs. Ciarlariello had probably suffered a re-bleed and that another angiogram was needed. Mrs. Ciarlariello consented to the second angiogram.

On December 29, 1980, the second angiogram was performed by the respondent, Dr. Greco, another experienced radiologist who worked with Dr. Keller at Toronto General Hospital. Prior to the commencement of the test, Dr. Greco spoke with Mrs. Ciarlariello and explained why the test was required, and how it was to be performed. He outlined what sensations she might experience as the injections were made. These might involve a burning sensation, flashing lights, a warm taste at the back of the throat, and increased pressure in the head. He then explained the risks involved in the use of the dye, which included the possibility of a skin rash, and on rare occasions death, blindness, stroke and paralysis. Mrs. Ciarlariello appeared to understand all that was said to her and to consent to the procedure.

Dr. Greco then proceeded with the test. Some time after the procedure began, Mrs. Ciarlariello began moaning and yelling. Her breathing became very rapid and she flexed her legs. Dr. Greco immediately inquired as to the source of her discomfort but she could not respond because her breathing was developing into hyperventilation. The respondent, Dr. Keller, who heard the noise, stepped into the room. She noted that the patient was hyperventilating and that her limbs were rigid. This, according to the medical evidence, is characteristic of a condition called "tetany" or "carpopedal spasm" and results from unchecked hyper-

été faites dans les artères carotides droite et gauche et dans l'artère vertébrale gauche. Ce test n'a pas permis d'établir avec certitude l'existence d'un anévrisme, mais les résultats ont révélé un endroit où la présence d'un anévrisme était soupçonnée. Il a donc été décidé qu'une seconde angiographie s'imposait afin de sonder cet endroit.

Le 26 décembre 1980, M^{me} Ciarlariello a encore une fois été subitement prise d'une céphalée intense. Le lendemain, le D^r Schacter a discuté de la situation avec M^{me} Ciarlariello et Vera. Il leur a dit estimer qu'il s'agissait vraisemblablement d'une reprise du saignement rendant nécessaire une seconde angiographie, ce à quoi M^{me} Ciarlariello a consenti.

Le 29 décembre 1980, l'intimé le D^r Greco, radiologue expérimenté lui aussi et collègue du D^r Keller au Toronto General Hospital, a pratiqué la seconde angiographie. Avant de commencer, le D^r Greco s'est entretenu avec M^{me} Ciarlariello, lui expliquant pourquoi le test s'imposait et comment il se déroulerait. Il lui a indiqué ce qu'elle pourrait ressentir lors des injections, qu'elle pourrait, par exemple, éprouver une sensation de brûlure, avoir l'impression de voir des lumières clignotantes, avoir une sensation de chaleur dans l'arrière-gorge et ressentir une pression accrue dans la tête. Il lui a alors expliqué les risques que comportait l'emploi du produit de contraste, parmi lesquels figuraient la possibilité d'une éruption et, rarement, la mort, la cécité, l'accident cérébro-vasculaire et la paralysie. Madame Ciarlariello a semblé tout comprendre et y consentir.

Le D^r Greco a donc procédé au test. Quelque temps après, M^{me} Ciarlariello s'est mise à gémir et à crier. Elle respirait très rapidement et fléchissait les jambes. Le D^r Greco s'est aussitôt enquis de l'origine de son malaise, mais elle n'a pu répondre parce que sa respiration se détériorait en hyperventilation. L'intimée le D^r Keller, entendant le bruit, est entrée dans la salle. Elle a constaté que la patiente faisait de l'hyperventilation et que ses membres étaient rigides. D'après la preuve médicale, c'est là un état caractéristique de la «tétanie» ou du «spasme carpo-pédal» que provoque une hyperventilation non maîtrisée. Madame Ciarla-

ventilation. Mrs. Ciarlariello controlled her breathing, began to calm down and said, "Enough, no more, stop the test".

At this point, the test, which had been interrupted by this episode, was stopped, and the catheter was withdrawn from the abdominal artery although it remained in Mrs. Ciarlariello's body. Dr. Greco explained to Dr. Keller that he had completed both carotid arteries. Dr. Keller then talked to Mrs. Ciarlariello trying to reassure her and calm her. Mrs. Ciarlariello complained that her right hand was numb. On examination she was not able to move or grasp with it. The left hand was also weak, although to a lesser degree.

Dr. Keller concluded that Mrs. Ciarlariello's weakness resulted from the tetany which in turn had been caused by the hyperventilation. Dr. Keller tested Mrs. Ciarlariello's sensory functions with pinpricks to her arms and legs. She could feel the pin pricks everywhere, including her right hand. Dr. Keller then tested Mrs. Ciarlariello's motor functions in all four extremities. Her left hand grip had returned to normal. The strength in both legs was normal as was the strength in both arms; but the right hand remained weak. Her temperature perception on arms and legs with a hot towel was normal.

Dr. Keller decided that the sole remaining deficit, the weakness in the right hand, was purely a motor problem rather than a sensory one. She concluded that the cause of the weakness in the right hand was the tetany which in turn resulted from the hyperventilation. She felt strengthened in that conclusion by the improvement in all the extremities which, with the exception of the right hand, had returned to normal. She fully expected that the right hand would also improve.

By this time Mrs. Ciarlariello had ceased moving; she was quiet and co-operative. She had responded unhesitatingly to questions during the examination of her arms and legs. Dr. Keller then

riello étant venue à bout de son hyperventilation, a commencé à se calmer et a dit: [TRADUCTION] «Assez! Ça suffit! Arrêtez le test!»

Le test, interrompu par cet incident, a été discontinué à ce moment-là et le cathéter retiré de l'artère abdominale, quoiqu'il soit resté dans le corps de M^{me} Ciarlariello. Le D^r Greco a expliqué au D^r Keller qu'il avait terminé l'examen des deux artères carotides. Le D^r Keller a parlé alors avec M^{me} Ciarlariello dans une tentative de la rassurer et de la calmer. M^{me} Ciarlariello se plaignait d'un engourdissement de la main droite. Sur vérification, on s'est rendu compte qu'elle ne pouvait la remuer du tout. La main gauche, affaiblie également, était toutefois moins gravement atteinte.

Le D^r Keller a conclu que la faiblesse de M^{me} Ciarlariello résultait de la tétanie qui, elle, avait été causée par l'hyperventilation. Le D^r Keller a vérifié au moyen de piqures d'épingle aux bras et aux jambes les fonctions sensorielles de M^{me} Ciarlariello. Celle-ci ressentait les piqures partout, même dans la main droite. Le D^r Keller a ensuite vérifié à chacune des quatre extrémités les fonctions motrices de M^{me} Ciarlariello. La poigne de la main gauche était redevenue normale. La force des jambes était normale et celle des bras également, mais la main droite demeurait faible. La sensibilité thermique des bras et des jambes, vérifiée au moyen d'une serviette chaude, s'est révélée normale.

Le D^r Keller a décidé que la seule déficience qui restait, soit la faiblesse de la main droite, traduisait un problème purement moteur plutôt que sensoriel. Cette faiblesse, a-t-elle estimé, était imputable à la tétanie provoquée par l'hyperventilation, conclusion dans laquelle elle s'est sentie renforcée par l'amélioration qui s'était produite aux extrémités, dont l'état, à la seule exception de la main droite, était revenu à la normale. Elle s'attendait pleinement à ce que l'état de la main droite s'améliore également.

À ce stade-là, M^{me} Ciarlariello ne se débattait plus; elle était calme et coopérative. Elle répondait sans hésiter aux questions qu'on lui posait durant l'examen de ses bras et de ses jambes. Le D^r Keller

explained to Mrs. Ciarlariello that one more area needed investigation and this would require another five minutes of the test procedure. Dr. Keller asked her if she wished the test completed and she replied "Please go ahead".

Dr. Keller, administered the final injection. Mrs. Ciarlariello suffered an immediate reaction to the injection of the dye which rendered her a quadriplegic. Dr. Keller testified that such a reaction was extremely rare and that never, before or since, had she seen such a reaction.

Mrs. Ciarlariello brought an action in the Supreme Court of Ontario against the respondent physicians. Subsequent to the trial of the action, Mrs. Ciarlariello died, and the action was continued by the appellants.

II — The Courts Below

Supreme Court of Ontario (Dupont J.)

The trial judge conducted an extensive and thorough review of the evidence, which led to very clear and detailed findings of facts. The issue of consent was relevant to both the claim of battery and negligence. It was this issue that was dealt with first.

Dupont J. observed that Mrs. Ciarlariello had not suggested that the angiogram was undertaken without her consent until some "considerable period of time after she was rendered quadriplegic". He found that the risk of paralysis had been explained to both Mrs. Ciarlariello and her daughter by all the doctors involved. He concluded that any failure to use the precise term "quadriplegic" should not vitiate the consent which had been given after the clear warning of the risk of paralysis. He determined that Mrs. Ciarlariello was well aware that her daughter had, with her knowledge and approval, signed a consent to the two angiograms and that Mrs. Ciarlariello had given her consent to both procedures.

lui a alors expliqué qu'il restait encore un endroit à sonder et qu'il fallait à cette fin continuer le test pendant cinq minutes. Le D^r Keller lui a demandé si elle voulait que le test se poursuive, ce à quoi M^{me} Ciarlariello a répondu: [TRADUCTION] «Vous pouvez continuer.»

Le D^r Keller lui a administré la dernière piqûre. L'injection du produit de contraste a provoqué chez M^{me} Ciarlariello une réaction immédiate qui l'a rendue quadriplégique. Ce genre de réaction, selon la déposition du D^r Keller, est extrêmement rare. De fait, elle n'a jamais, ni avant ni depuis, constaté une telle réaction.

Madame Ciarlariello a introduit une action en Cour suprême de l'Ontario contre les médecins intimés. À la suite de l'audience en première instance, M^{me} Ciarlariello est décédée et les appelantes se sont chargées de la poursuite du litige.

II — Les juridictions inférieures

Cour suprême de l'Ontario (le juge Dupont)

Le juge de première instance a procédé à un examen approfondi et minutieux de la preuve, ce qui lui a permis de tirer des conclusions de fait très claires et très détaillées. La question du consentement était pertinente relativement tant à l'action pour voies de fait (*battery*) qu'à celle pour négligence, et c'est sur cette question que le juge s'est d'abord penché.

Le juge Dupont a constaté que M^{me} Ciarlariello n'avait indiqué que l'angiographie avait été pratiquée sans son consentement [TRADUCTION] «que longtemps après être devenue quadriplégique». Le risque de paralysie, a-t-il conclu, avait été expliqué aussi bien à M^{me} Ciarlariello qu'à sa fille par tous les médecins concernés. Il a estimé que le fait de ne pas avoir employé précisément le terme «quadriplégique» ne devrait pas vicier le consentement donné après une mise en garde non équivoque quant au risque de paralysie. D'après ce qu'a constaté le juge Dupont, M^{me} Ciarlariello savait bien que sa fille avait, à son su et avec son approbation, signé un consentement aux deux angiographies et elle avait consenti à chacune.

On the question as to whether consent had been given to the final injection during the second angiogram, he held that “Mrs. Ciarlariello did agree to the final injection and the completion of the angiogram”. He found that, although her consent had been “suspended” for a period of time, it was reactivated without the need to once again explain the risks, which remained the same as they had been at the beginning of the procedure. On this he wrote:

There is no doubt that when a patient is lying on a table and is in the very process of undergoing a surgical procedure, it is not the most desirable point at which to obtain their consent to the continuation of that procedure. Obviously, doctors should avoid obtaining consents under such circumstances. It is difficult, however, to determine beforehand what they should do when such a scenario arises. I have no doubt that whether or not to continue the test is really a matter of medical judgment. [The respondents] were forced to make a decision on the spot. Their evidence in this regard is that they weighed the risks of stopping the procedure against those of going ahead, and decided to do the latter. They did not want to take the risk of Mrs. Ciarlariello having a second and perhaps fatal re-bleed; nor did they want to submit her to a third angiogram if it could be avoided by simply completing this, second one. Their decision was supported by the evidence of Dr. Wortzman, and two medical experts who specialize in neurosurgery: Dr. Morley and Dr. Kassel.

He concluded that in the circumstances, the action in battery failed.

He then turned to a consideration of the issue of informed consent as it relates to negligence. He referred to the decision of this Court in *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at p. 892, where Laskin C.J. wrote that “a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of care. . . .” The trial judge found that the respon-

En ce qui concerne la question de savoir s’il y avait eu consentement à la dernière injection, administrée au cours de la seconde angiographie, le juge Dupont a dit que [TRADUCTION] «M^{me} Ciarlariello a bien consenti à la dernière injection et à l’achèvement de l’angiographie». Il a conclu que son consentement avait certes été [TRADUCTION] «suspendu» pendant un certain temps, mais a été renouvelé sans qu’il soit besoin d’une nouvelle explication des risques, qui demeureraient les mêmes qu’au début du procédé. Sur ce point, le juge Dupont a écrit:

[TRADUCTION] Sans aucun doute, lorsqu’un patient se trouve allongé sur une table d’opération, en train de subir un procédé chirurgical, ce n’est pas le moment le plus propice de lui demander son consentement à la continuation de ce procédé. Les médecins devraient évidemment éviter d’obtenir des consentements dans de telles circonstances. Il est difficile, toutefois, de décider d’avance ce qu’il convient de faire quand ce cas se présente. Je suis certain que la décision de continuer ou d’interrompre le test est en réalité une question de jugement professionnel. [Les intimés] se sont vus contraints de prendre une décision sur-le-champ. Selon leur témoignage à ce sujet, ayant soupesé les risques inhérents à l’interruption du procédé et ceux que présentait la continuation, ils ont décidé de continuer. Ils ne voulaient pas courir le risque d’une seconde, et peut-être mortelle, reprise du saignement; ils ne voulaient pas non plus faire subir à M^{me} Ciarlariello une troisième angiographie vu qu’il était possible de l’éviter en menant à terme la deuxième. Leur témoignage à cet égard a été appuyé par celui du D^r Wortzman et de deux experts médicaux spécialistes de la neurochirurgie, à savoir les D^{rs} Morley et Kassel.

Il a conclu que, dans les circonstances, il y avait lieu de rejeter l’action pour voies de fait.

Il a ensuite porté son attention sur la question du consentement éclairé en matière de négligence. Se référant à l’arrêt de notre Cour *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, à la p. 892, où le juge en chef Laskin a écrit que «l’omission de divulguer les risques que comporte l’opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait. Bien que cette omission ait trait au choix éclairé de subir ou de refuser le traitement approprié et recommandé, elle se présente comme la violation d’une obligation antérieure de dili-

dents, in this case, had not breached the duty to disclose the material risks of the procedure to Mrs. Ciarlariello.

Although, as a result of his conclusion that the patient had been advised of the risks it was not necessary to consider causation, the trial judge did so nonetheless. He noted that the appropriate standard was an objective one namely "would a reasonable person in Mrs. Ciarlariello's position, on a balance of probabilities, have refused the angiogram if there had been proper disclosure?" He held that in light of the evidence which clearly indicated that the risks involved in an angiogram were far outweighed by those which would arise from the failure to treat the aneurysm, a reasonable person in the position of Mrs. Ciarlariello would not have declined to undergo the angiogram procedure, even if all the risks including quadriplegia, had been disclosed to her.

He found that the respondent doctors had not fallen below the appropriate standard of medical practice in treating Mrs. Ciarlariello and dismissed the negligence claim brought against them.

Court of Appeal (1991), 76 D.L.R. (4th) 449

Finlayson J.A. observed at p. 454 that "[w]hile she withdrew her consent upon hyperventilating, the trial judge found as a fact that she agreed to the completion of the angiogram." He observed that he would not interfere with this finding of fact even if he possessed the power to do so. The issue which then confronted the Court of Appeal was, in his words at p. 455, whether "the termination of the patient's consent require[d] that her agreement to the continuation of the procedure be subject to the same legal standard that is required of pre-medical procedure consents, or was the decision to proceed following the episode of hyperventilation a matter of medical judgment to be exercised by the doctors performing the procedure?" It was found that it would be impractical to separate the issue of

gence. . .» Or, le juge de première instance a conclu que les intimés en l'espèce n'avaient pas manqué à l'obligation de révéler à M^{me} Ciarlariello les risques importants que présentait le procédé en question.

Quoique, en raison de sa conclusion que la patiente avait été informée des risques, cela n'ait pas été nécessaire, le premier juge a néanmoins abordé la question de la causalité. Il a fait remarquer que le critère à appliquer à cet égard était objectif et consistait à se demander: [TRADUCTION] «une divulgation adéquate aurait-elle, selon la prépondérance des probabilités, amené une personne raisonnable dans la situation de M^{me} Ciarlariello à refuser l'angiographie?» Au vu de la preuve, d'où il ressortait nettement que les risques de l'angiographie étaient de loin moins graves que ceux que comporterait le non-traitement de l'anévrisme, le premier juge a estimé qu'à la place de M^{me} Ciarlariello une personne raisonnable n'aurait pas refusé de subir l'angiographie, même si tous les risques, y compris la quadriplégie, lui avaient été révélés.

À son avis, les médecins intimés ne sont pas allés en deçà de la norme reçue en matière de soins médicaux dans leur traitement de M^{me} Ciarlariello, et il a en conséquence rejeté l'action pour négligence intentée contre eux.

Cour d'appel (1991), 76 D.L.R. (4th) 449

Le juge Finlayson fait observer, à la p. 454, que [TRADUCTION] «[I]e juge de première instance a tenu pour avéré que, bien qu'elle ait retiré son consentement lorsqu'elle a été atteinte d'hyperventilation, elle a consenti à l'achèvement de l'angiographie». C'est là une conclusion de fait, à laquelle il n'allait pas toucher, même s'il en avait le pouvoir. La question qui se posait donc pour la Cour d'appel était, pour reprendre les termes du juge Finlayson, à la p. 455: [TRADUCTION] «le retrait du consentement de la patiente nécessitait-il que son acquiescement à la reprise du procédé soit assujéti à la même norme juridique que celle qui s'applique au consentement donné préalablement à un acte médical, ou bien la décision de continuer à la suite de l'hyperventilation relevait-elle du juge-

informed consent from the exercise of medical judgment. That is to say that once the second angiogram had been commenced with the appropriate consent, then (at p. 458) “the analysis of the risks inherent in proceeding with the procedure, as opposed to terminating it, becomes a matter of medical judgment.”

Finlayson J.A. observed at p. 458 that although the procedure could not continue without her cooperation, in his opinion Mrs. Ciarlariello “was not in any condition to make an informed assessment of her condition”. He expressed the opinion that in these circumstances, legal precision must give way to medical judgment. He thought that it would have been unfair to have “placed” the decision whether to proceed upon Mrs. Ciarlariello at a time when she was distraught and unable to appreciate the risk of proceeding.

Like the trial judge, he expressed the opinion that Dr. Keller had exercised proper medical judgment in deciding to proceed, and that the consent given by Mrs. Ciarlariello to continue was, under the circumstances, an informed consent. In his view, the elements of risk had not changed from the time of the commencement of the proceeding until it began again with the last injection.

III — Points in Issue

The parties take the position that the following issues are raised on this appeal:

- (a) did the courts below err in holding that the Final Injection, which followed the withdrawal of Mrs. Ciarlariello’s consent, did not constitute a battery?
- (b) in the alternative, did the courts below err in failing to find that the defendant doctors breached their duty of disclosure in obtaining Mrs. Ciarlariello’s consent to the Final Injection?

ment professionnel des médecins qui appliquaient le procédé?» Selon lui, la question du consentement éclairé est difficilement dissociable de l’exercice du jugement professionnel. En d’autres termes, une fois la seconde angiographie commencée après l’obtention du consentement requis (à la p. 458), [TRADUCTION] «l’analyse des risques qu’il y a à continuer le procédé plutôt que de l’arrêter devient alors une question de jugement professionnel».

Le juge Finlayson fait remarquer, à la p. 458, que le procédé ne pouvait certes pas se poursuivre sans la collaboration de M^{me} Ciarlariello, mais, selon lui, elle [TRADUCTION] «était en mauvaise posture pour faire une évaluation éclairée de son état». Il estime que, dans ces circonstances, la rigueur juridique doit céder le pas au jugement professionnel. D’après lui, il aurait été injuste de [TRADUCTION] «rejeter» sur M^{me} Ciarlariello la décision de continuer ou non à un moment où elle était angoissée et dans l’incapacité d’apprécier les risques que pouvait comporter la continuation.

Comme le juge de première instance, le juge Finlayson est d’avis que le D^r Keller a fait preuve d’un bon jugement professionnel en décidant de continuer et que le consentement qu’a donné M^{me} Ciarlariello à la continuation était, dans les circonstances, éclairé. À son avis, les éléments de risque n’avaient pas changé entre le début du procédé et sa reprise avec la dernière injection.

III — Les questions en litige

D’après les parties, les questions qui se posent dans le présent pourvoi sont les suivantes:

[TRADUCTION]

- a) est-ce à tort que les juridictions inférieures ont conclu que la dernière injection, administrée après que M^{me} Ciarlariello eut retiré son consentement, ne constitue pas des voies de fait?
- b) subsidiairement, les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur du fait de ne pas avoir conclu que les médecins défendeurs ont manqué à leur obligation de divulgation en obtenant de M^{me} Ciarlariello son consentement à la dernière injection?

(c) did the learned trial judge err in failing to find that a reasonable person in Mrs. Ciarlariello's position would not have consented to the Final Injection?

c) le juge de première instance a-t-il commis une erreur du fait de ne pas avoir conclu qu'une personne raisonnable dans la situation de M^{me} Ciarlariello n'aurait pas consenti à la dernière injection?

IV — Analysis

(1) *Liability for Battery*

Prior to *Reibl v. Hughes, supra*, there was some confusion as to whether the failure to inform a patient adequately of the risks that might flow from a medical procedure (a) vitiated consent and constituted a battery or (b) constituted negligence.

In this case the trial judge found that Mrs. Ciarlariello's consent was suspended when she asked that the test be stopped. It follows that the subsequent completion of the test which resulted in Mrs. Ciarlariello becoming a quadriplegic would have constituted battery if it had been established that Mrs. Ciarlariello did not give her consent to the completion of the test. This was not done. The trial judge found that the necessary consent was given. He was satisfied that Mrs. Ciarlariello was in every way capable of expressing her consent to the continuation of the procedure. There was certainly no evidence of fraud or misrepresentation. Nor did the doctors engage in or carry out, a different procedure than the one which the patient had anticipated. The second angiogram was identical to the one performed seven days earlier and was the very procedure that she was told it would be necessary to repeat. There was then a sound factual basis for the finding that Mrs. Ciarlariello consented to the continuation of the angiogram.

It is therefore clear that the appellants' action in battery cannot succeed. It remains to be considered whether the information provided to Mrs. Ciarlariello regarding the completion of the test was inadequate to such an extent that it constituted negligence.

a

IV — Analyse

b (1) *Responsabilité pour voies de fait*

Antérieurement à l'arrêt *Reibl c. Hughes*, précité, on ne s'entendait pas sur la question de savoir si l'omission d'informer adéquatement un patient des risques que peut entraîner un acte médical a) vicie le consentement et constitue des voies de fait, ou b) constitue une négligence.

d

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que M^{me} Ciarlariello avait suspendu son consentement en demandant l'interruption du test. Il s'ensuit que l'achèvement subséquent du test, par suite de quoi M^{me} Ciarlariello est devenue quadriplégique, aurait constitué des voies de fait s'il avait été établi qu'elle n'y avait pas consenti. Or, il ne l'a pas été. Le juge de première instance a estimé que le consentement requis avait été donné. Il était convaincu que M^{me} Ciarlariello était à tout point de vue capable d'exprimer son consentement à la continuation du procédé. Il n'y avait certainement aucune preuve de fraude ni de déclaration inexacte. De plus, les médecins n'ont pas exécuté un procédé différent de celui auquel s'attendait la patiente. La seconde angiographie était identique à celle pratiquée sept jours auparavant et était le procédé même qui, lui avait-on dit, devait être répété. Il existait donc un solide fondement factuel pour la conclusion que M^{me} Ciarlariello avait consenti à la continuation de l'angiographie.

i

Il appert par conséquent que les appelantes ne sauraient obtenir gain de cause dans leur action pour voies de fait. Reste à examiner si les renseignements communiqués à M^{me} Ciarlariello concernant l'achèvement du test ont été insuffisants au point de constituer une négligence.

(2) *Negligence*(a) The Standard for Disclosure

Reibl v. Hughes, supra, indicates that the disclosure which must be made to a patient will often be more than that which the medical profession might consider appropriate to divulge. Although expert medical evidence on this issue is still relevant, it is no longer decisive in determining whether or not sufficient information was given to a patient to enable that patient to make an informed consent. The test now focuses on what the patient would want to know. Laskin C.J. put the position in these words at pp. 894-95:

To allow expert medical evidence to determine what risks are material and, hence, should be disclosed and, correlatively, what risks are not material is to hand over to the medical profession the entire question of the scope of the duty of disclosure, including the question whether there has been a breach of that duty. Expert medical evidence is, of course, relevant to findings as to the risks that reside in or are a result of recommended surgery or other treatment. It will also have a bearing on their materiality but this is not a question that is to be concluded on the basis of the expert medical evidence alone. The issue under consideration is a different issue from that involved where the question is whether the doctor carried out his professional activities by applicable professional standards. What is under consideration here is the patient's right to know what risks are involved in undergoing or foregoing certain surgery or other treatment.

In deciding whether a risk is material and therefore, one which should be explained to the patient, an objective approach should be taken. The crucial question in determining the issue is whether a reasonable person in the patient's position would want to know of the risk.

In the present case, there can be no doubt that the doctors involved conducted themselves in an exemplary manner. All the possible risks that could arise from the procedure were fully explained on several occasions to both Mrs. Ciarlariello and her daughter. The only outstanding question is whether Mrs. Ciarlariello's

(2) *Négligence*a) La norme en matière de divulgation

D'après l'arrêt *Reibl c. Hughes*, précité, dans bien des cas, la divulgation à faire à un patient ne se borne pas à ce que les médecins pourraient juger approprié. Quoique la preuve de médecins experts soit encore pertinente sur cette question, elle n'est plus concluante aux fins de déterminer si les renseignements communiqués à un patient suffisaient pour qu'il puisse donner un consentement éclairé. Le critère actuel insiste sur ce que le patient voudrait savoir. Le juge en chef Laskin l'a expliqué ainsi, aux pp. 894 et 895:

Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et, corrélativement, quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y a eu manquement à ce devoir. Bien sûr, les témoignages des médecins experts sont pertinents aux conclusions sur les risques inhérents à l'opération ou autre traitement envisagé, ou qui en résultent. Ils seront également utiles pour déterminer l'importance des risques, mais cette question ne doit pas être résolue sur la seule foi des témoignages des médecins experts. La question en litige ici diffère de celle qui se présente lorsqu'il s'agit de savoir si le médecin a exercé son activité professionnelle conformément aux normes professionnelles applicables. Il s'agit ici d'examiner quels sont les droits du patient de connaître les risques que comporte sa décision d'accepter ou de refuser de subir une opération ou un traitement.

Pour décider si un risque est important et doit en conséquence être expliqué au patient, il convient d'adopter un point de vue objectif. La question clé dans cette décision est de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la situation du patient souhaiterait connaître le risque.

À n'en pas douter, les médecins en l'espèce ont agi de façon exemplaire. En effet, tous les risques éventuels que pouvait comporter le procédé en question ont été pleinement expliqués à maintes reprises, tant à M^{me} Ciarlariello qu'à sa fille. Seule reste donc la question de savoir si le retrait du consentement par M^{me} Ciarlariello au cours de la

withdrawal of her consent during the second angiogram required the doctors to repeat their complete explanations concerning this procedure in order to obtain her consent to proceed. In general terms, the question can be put in this way: to what extent must disclosure be made to the patient who, during the course of a procedure, withdraws consent, in order to resume the procedure with the informed consent of the patient? In order to answer that question, it will be necessary to first consider the effect of the withdrawal of consent.

(b) Withdrawal of Consent

Whether or not there has been a withdrawal of consent will always be a question of fact. The words used by a patient may be ambiguous. Even if they are apparently clear, the circumstances under which they were spoken may render them ambiguous. On some occasions, the doctors conducting the process may reasonably take the words spoken by the patient to be an expression of pain rather than a withdrawal of consent. Obviously, these are questions of fact which will have to be resolved by the trial judge.

For example, in *Mitchell v. McDonald* (1987), 40 C.C.L.T. 266 (Alta. Q.B.), the plaintiff was suffering from acute muscular pain in her chest. She consented to receive a cortisone injection directly into the chest muscle. Unfortunately, the injection punctured a lung resulting in its partial collapse. At one point in the procedure, the plaintiff cried out "For God's sake, stop". She argued not unreasonably, that this constituted a withdrawal of consent. However, the trial judge, at p. 289, interpreted it as but a cry of pain:

With respect to the suggestion that the consent might have been withdrawn by her exclamation, "For God's sake, stop," it is beyond dispute that the damage had already been done before her cry. On the evidence, in any event, such a cry could well have been interpreted to mean, "My God, stop hurting me."

While the doctor's interpretation of the patient's cries in *Mitchell v. McDonald* may have been rea-

seconde angiographie mettait les médecins dans l'obligation de reprendre au complet leurs explications de ce procédé pour obtenir son consentement à la poursuite de celui-ci. D'une manière générale, la question peut être ainsi formulée: dans le cas d'un patient qui retire son consentement au cours d'un procédé, dans quelle mesure doit-il y avoir divulgation à ce patient pour que le procédé puisse être repris avec son consentement éclairé? Pour répondre à cette question, il faudra d'abord considérer l'effet du retrait du consentement.

b) Le retrait du consentement

Quant à savoir si le consentement a été retiré, il s'agit toujours là d'une question de fait. Les propos du patient peuvent être ambigus. Et même s'ils semblent clairs, les circonstances dans lesquelles ils ont été tenus peuvent faire naître de l'ambiguïté. En effet, il arrive parfois que les médecins qui exécutent le procédé peuvent raisonnablement supposer que les paroles du patient expriment la douleur plutôt que le retrait du consentement. Voilà, évidemment, des questions de fait à trancher par le juge de première instance.

Par exemple, dans l'affaire *Mitchell c. McDonald* (1987), 40 C.C.L.T. 266 (B.R. Alb.), la demanderesse souffrait de douleurs musculaires aiguës à la poitrine. Elle a consenti à l'injection de cortisone directement dans le muscle de la poitrine. Malheureusement, l'injection a perforé un poumon, provoquant un affaissement pulmonaire partiel. À un moment donné au cours du procédé, la demanderesse s'est écriée: [TRADUCTION] «Pour l'amour du ciel, arrêtez!» Elle a fait valoir, non déraisonnablement, que cela constituait le retrait du consentement. Le juge de première instance n'y a vu cependant qu'un cri de douleur (à la p. 289):

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'argument voulant que son exclamation «Pour l'amour du ciel, arrêtez!» ait pu valoir retrait du consentement, il ne fait aucun doute que le préjudice avait déjà été subi avant qu'elle ne pousse son cri. De toute façon, d'après la preuve, ce cri aurait bien pu s'interpréter comme signifiant, «Pour l'amour du ciel, arrêtez de me faire mal!»

La façon dont le médecin a interprété les cris du patient dans l'affaire *Mitchell c. McDonald* était

sonable in that case, generally if there is any question as to whether the patient is attempting to withdraw consent, it will be incumbent upon the doctor to ascertain whether the consent has in fact been withdrawn. It should not be forgotten that every patient has a right to bodily integrity. This encompasses the right to determine what medical procedures will be accepted and the extent to which they will be accepted. Everyone has the right to decide what is to be done to one's own body. This includes the right to be free from medical treatment to which the individual does not consent. This concept of individual autonomy is fundamental to the common law and is the basis for the requirement that disclosure be made to a patient. If, during the course of a medical procedure a patient withdraws the consent to that procedure, then the doctors must halt the process. This duty to stop does no more than recognize every individual's basic right to make decisions concerning his or her own body.

This principle has been recognized before. It was very aptly described by Robins J.A. in *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), at p. 85, where he stated:

The right to determine what shall, or shall not, be done with one's own body, and to be free from non-consensual medical treatment, is a right deeply rooted in our common law. This right underlies the doctrine of informed consent. . . . The fact that serious risks or consequences may result from a refusal of medical treatment does not vitiate the right of medical self-determination. . . . It is the patient, not the doctor, who ultimately must decide if treatment—any treatment—is to be administered.

The same principle was recognized in *Nightingale v. Kaplovitch*, [1989] O.J. No. 585 (QL). In that case the patient was undergoing sigmoidoscopic examination. At one point the examination became extremely painful and the patient screamed "Stop, I can't take this any more". In spite of the patient's cries the doctor continued. The patient made a sudden movement caused by pain and suffered a punctured bowel. R.E. Holland J. of the Ontario High Court stated:

peut-être raisonnable, mais, en règle générale, s'il y a des doutes quant à savoir si le patient tente de retirer son consentement, il incombera au médecin de s'assurer s'il a en fait été retiré. N'oublions pas que tout patient a droit au respect de l'intégrité de sa personne, ce qui comprend le droit de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes médicaux. Chacun a le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et, par conséquent, de refuser un traitement médical auquel il n'a pas consenti. Ce concept de l'autonomie individuelle forme un élément de base de la common law et est le fondement de l'obligation de divulgation envers le patient. Si, au cours d'un acte médical, le patient retire son consentement à cet acte, les médecins doivent alors l'interrompre. Il s'agit là d'une obligation qui ne fait que reconnaître le droit fondamental de chacun de prendre des décisions concernant son propre corps.

Ce n'est pas la première fois que ce principe est reconnu. On en trouve une formulation très juste dans l'arrêt *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), à la p. 85, où le juge Robins dit:

[TRADUCTION] Le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et de ne se voir imposer aucun traitement médical auquel on n'aura pas donné son consentement est fermement ancré dans notre common law. Ce droit sous-tend la doctrine du consentement éclairé. [. . .] Les risques ou les conséquences graves que peut entraîner le refus d'un traitement médical ne permettent aucunement de porter atteinte au droit au libre choix en matière médicale. [. . .] C'est au patient, et non pas au médecin, qu'il appartient en dernière analyse de décider si un traitement—peu importe lequel—sera administré.

Ce même principe a été reconnu dans la décision *Nightingale c. Kaplovitch*, [1989] O.J. No. 585 (QL). Dans cette affaire, le patient subissait une sigmoïdoscopie qui, à un moment donné, est devenue extrêmement douloureuse, de sorte que le patient a hurlé: [TRADUCTION] «Arrêtez! Je n'en peux plus!» Malgré les cris du patient, le médecin à continué. Sous le coup de la douleur, le patient a fait un mouvement brusque qui a provoqué une perforation intestinale. Le juge R.E. Holland de la Haute Cour de l'Ontario a dit:

I conclude on a balance of probabilities that the perforation occurred after Dr. [Kaplovitch] had been asked to stop. . . .

I conclude that the perforation occurred after consent had been withdrawn. This amounted to a battery and liability would generally follow. . . . Quite apart from the question of battery, Dr. Kaplovitch was negligent in continuing the procedure when the plaintiff was obviously suffering extreme pain and when he had been asked to stop.

An individual's right to determine what medical procedures will be accepted must include the right to stop a procedure. It is not beyond the realm of possibility that the patient is better able to gauge the level of pain or discomfort that can be accepted or that the patients premonitions of tragedy or mortality may have a basis in reality. In any event, the patient's right to bodily integrity provides the basis for the withdrawal of a consent to a medical procedure even while it is underway. Thus, if it is found that the consent is effectively withdrawn during the course of the proceeding then it must be terminated. This must be the result except in those circumstances where the medical evidence suggests that to terminate the process would be either life threatening or pose immediate and serious problems to the health of the patient.

The issue as to whether or not a consent has been withdrawn during the course of a procedure may require the trial judge to make difficult findings of fact. If sedatives or other medication were administered to the patient then it must be determined if the patient was so sedated or so affected by the medication that consent to the procedure could not effectively have been withdrawn. The question whether a patient is capable of withdrawing consent will depend on the circumstances of each case. Expert medical evidence will undoubtedly be relevant, but it will not necessarily be determinative of the issue. Indeed, in cases such as this where the patient must be conscious and cooperative in order for the procedure to be performed, it may well be beyond doubt that the patient was capable of withdrawing consent.

[TRADUCTION] Je conclus selon la prépondérance des probabilités que la perforation s'est produite après que le patient eut demandé au Dr [Kaplovitch] d'arrêter . . .

J'estime que la perforation a eu lieu postérieurement au retrait du consentement. Cela équivalait donc à des voies de fait dont, en règle générale, découlerait la responsabilité [. . .] Tout à fait indépendamment de la question des voies de fait, le Dr Kaplovitch s'est montré négligent en continuant le procédé alors que le patient éprouvait visiblement une douleur extrême et lui avait demandé d'arrêter.

Le droit d'une personne de décider des actes médicaux qu'elle acceptera de subir englobe nécessairement le droit de faire interrompre un tel acte. Il n'est d'ailleurs pas inconcevable que le patient soit le mieux en mesure de jauger le degré de douleur ou de malaise qu'il peut supporter, ou que ses pressentiments de tragédie ou de mort reposent sur la réalité. Quoi qu'il en soit, le droit du patient à l'intégrité de sa personne est le fondement du retrait du consentement à un acte médical, même quand il est en cours. Donc, si le consentement est jugé avoir effectivement été retiré pendant le procédé, celui-ci doit être interrompu. Il en est obligatoirement ainsi, sauf dans des circonstances où, d'après la preuve médicale, l'interruption du procédé compromettrait la vie du patient ou présenterait des problèmes graves et immédiats pour sa santé.

Quant à savoir s'il y a eu retrait du consentement au cours d'un procédé, c'est là une question qui pourrait mettre le juge de première instance dans l'obligation de tirer de difficiles conclusions de fait. Dans un cas où l'on a administré des sédatifs ou d'autres médicaments au patient, il faut déterminer s'ils ont eu un tel effet sur lui qu'il n'a pu vraiment retirer son consentement. La question de savoir si un patient est capable de retirer son consentement dépendra des circonstances de chaque cas. La preuve de médecins experts sera sans aucun doute pertinente, mais elle ne sera pas nécessairement déterminante. En fait, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, où le patient doit être conscient et coopératif pendant le procédé, il se peut bien que le patient ait, sans l'ombre d'un doute, la capacité de retirer son consentement.

In the case at bar, the issue of withdrawal of consent is not an issue. Both the trial judge and the Court of Appeal found that the patient had withdrawn her consent and the respondents have not taken issue with those findings.

(c) Once Consent to the Process has been Withdrawn, Under what Circumstances May Consent Be Given to have it Continued?

Once a patient withdraws consent to the procedure the question then becomes under what circumstances a valid consent to the continuation of the process can be given. The appellants contend that before a valid consent to the continuation of the process can be given the patient must be advised, once again of all the risks involved in the process. The respondents argue that in the absence of any changes in the circumstances which would result in a greater risk for the patient, no further disclosure need be made.

The argument that the entire disclosure need not be repeated rests on two bases. First, the consent is not referable to a precise moment in time but rather it is a relationship that exists between patient and doctor. That is to say consent is a process, not an instant in time. As a result, once consent to the procedure has been obtained, then the doctor need not explain and disclose all the risks over again. Rather, all that is necessary is an explanation of any new circumstances which may have arisen which require an explanation.

In this case, the respondents point to six occasions prior to the final injection, when the risks of the procedure were discussed with the patient and an informed consent was given to the process. They note that in *Mitchell v. McDonald, supra*, it was held that the patient's past experience with, and informed consent given to cortisone shots meant that the doctor did not need to go over in detail the risks of those shots each time one was administered. However, the presumption that patients have reasonably good memories and have

En l'espèce, la question du retrait du consentement n'est pas en litige. En effet, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux conclu que la patiente avait effectivement retiré son consentement et les intimés n'ont pas contesté cette conclusion.

c) Une fois le consentement au procédé retiré, dans quelles circonstances le consentement à sa continuation peut-il être donné?

Du moment que le patient retire son consentement au procédé, se pose alors la question de savoir dans quelle situation peut être donné un consentement valable à sa continuation. Les appelantes soutiennent qu'il ne peut y avoir consentement valable à la continuation du procédé que si le patient a été de nouveau informé de tous les risques qu'il comporte. Les intimés, de leur côté, font valoir qu'en l'absence d'un changement quelconque dans les circonstances qui entraînerait un plus grand risque pour le patient, aucune nouvelle divulgation ne s'impose.

L'argument voulant qu'il ne soit pas nécessaire de reprendre intégralement la divulgation repose sur un double fondement. D'abord, le consentement ne vise pas un moment précis mais représente plutôt un rapport entre patient et médecin. Le consentement est, en d'autres termes, un processus, non pas un instant déterminé. D'où il s'ensuit qu'une fois accordé le consentement au procédé, le médecin n'a pas à expliquer et à divulguer encore une fois tous les risques. Au contraire, il suffit d'une explication de toutes les nouvelles circonstances qui ont pu se manifester et qui nécessitent une mise au point.

En l'espèce, les intimés signalent six occasions antérieures à la dernière injection où les risques du procédé ont été discutés avec la patiente, qui a donné un consentement éclairé à ce procédé. Ils font remarquer que dans l'affaire *Mitchell c. McDonald*, précitée, il a été statué que, vu les précédentes injections de cortisone subies par la patiente et son consentement éclairé à celles-ci, le médecin n'avait pas à exposer en détail les risques inhérents à ces injections chaque fois qu'il lui en administrait une. Toutefois, la présomption selon

consistently consented to the repetition of a treatment does not necessarily lead to the conclusion that they will also consent when those same patients are in a highly anxious or confused state.

The second argument of the respondents as to why full disclosure need not be repeated addresses the anxiety issue in this way: since the patient is in an emotional state, it would be both pointless and dangerous to increase the patient's fear by outlining all the risks once again. The trial judge gave effect to this submission in these words:

There is no doubt that when a patient is lying on a table and is in the very process of undergoing a surgical procedure, it is not the most desirable point at which to obtain their consent to the continuation of that procedure. Obviously, doctors should avoid obtaining consents under such circumstances. It is difficult, however, to determine beforehand what they should do when such a scenario arises. I have no doubt that whether or not to continue the test is really a matter of medical judgment.

Similarly, the Court of Appeal indicated that once the doctors commenced the angiogram procedure, the issue of informed consent did not arise. In that court's view, the doctors were entitled to exercise their medical judgment and proceed accordingly.

On this issue, I cannot accept the reasoning of the trial judge or the Court of Appeal. Their position constitutes a return to the medical judgment standard which was specifically disapproved in *Reibl v. Hughes, supra*. To give effect to it would permit the doctors to interfere with the bodily integrity of the patients if in their opinion, from a medical point of view, it would be preferable to override the patient's objections and specific refusal to continue the process. Although from the point of view of the medical profession this would undoubtedly be done in the best interest of the patient, nonetheless, it cannot be accepted.

laquelle les patients ont une assez bonne mémoire et ont régulièrement consenti à la répétition d'un traitement ne veut pas nécessairement dire qu'ils y consentiront également dans un état d'anxiété ou de confusion extrême.

Dans leur second argument contre la nécessité d'une nouvelle divulgation complète, les intimés abordent de la manière suivante la question de l'anxiété: compte tenu de l'état de nervosité du patient, il serait à la fois inutile et dangereux d'accroître son appréhension en lui exposant encore une fois tous les risques. Le juge de première instance a retenu cet argument en disant:

[TRADUCTION] Sans aucun doute, lorsqu'un patient se trouve allongé sur une table d'opération, en train de subir un procédé chirurgical, ce n'est pas le moment le plus propice de lui demander son consentement à la continuation de ce procédé. Les médecins devraient évidemment éviter d'obtenir des consentements dans de telles circonstances. Il est difficile, toutefois, de décider d'avance ce qu'il convient de faire quand ce cas se présente. Je suis certain que la décision de continuer ou d'interrompre le test est en réalité une question de jugement professionnel.

De même, la Cour d'appel a indiqué que, aussitôt l'angiographie commencée par les médecins, la question du consentement éclairé ne se posait plus. En effet, d'après cette cour, les médecins avaient le droit d'exercer leur jugement professionnel et d'agir en conséquence.

En ce qui concerne cette question, je ne puis admettre le raisonnement ni du premier juge ni de la Cour d'appel. Leur point de vue représente en fait un retour à la norme du jugement professionnel expressément désapprouvée dans l'arrêt *Reibl c. Hughes*, précité. Y donner effet permettrait aux médecins de porter atteinte à l'intégrité de la personne d'un patient si, du point de vue médical, ils estiment préférable de passer outre aux objections de ce dernier et à son opposition expresse à la continuation du procédé. Dans l'optique de la médecine, cela se ferait sans doute au mieux des intérêts du patient, mais une telle conduite n'en demeure pas moins inadmissible.

The appropriate approach is, once again, to focus on what the patient would like to know concerning the continuation of the process once the consent has been withdrawn. Looking at it objectively, a patient would want to know whether there had been any significant change in the risks involved or in the need for the continuation of this process which had become apparent during the course of the procedure. In addition, the patient will want to know if there has been a material change in circumstances which could alter the patient's assessment of the costs or benefits of continuing the procedure. For example, have the circumstances changed in such a way that the procedure is no longer as important to making a diagnosis as it was earlier? Each case, of course, will have to be determined on its own facts. Changes may arise during the course of the procedure which are not at all relevant to the issue of consent. Yet, the critical question will always be whether the patient would want to have the information pertaining to those changes in order to decide whether to continue.

(d) Application to the Case

Here the trial judge found that after Mrs. Ciarlariello had calmed down, Dr. Keller explained to her that one more area needed investigation which would take five minutes. Dr. Keller then asked her if she wished the test completed and Mrs. Ciarlariello told her to go ahead. This evidence was corroborated by Dr. Greco and provided a sound basis for the findings of the trial judge on this issue.

There was no evidence that sedatives, medication, or a deterioration in her condition had made it impossible for Mrs. Ciarlariello to give her consent to the continuation of the process. Significantly, there was no evidence that the hyperventilation or tetany suffered by Mrs. Ciarlariello had increased the risk associated with any further angiogram injections. The trial judge was therefore correct in his conclusion that there was no need to repeat the details of the procedure or its attendant risks before carrying out the last injection. There had been no significant change in circumstances since

La méthode appropriée, rappelons-le, consiste à se demander ce que le patient souhaiterait savoir concernant la continuation du procédé après avoir retiré son consentement. Du point de vue objectif, un patient voudrait savoir s'il s'est manifesté au cours du procédé un changement important quant aux risques qu'il comporte ou quant à la nécessité de le poursuivre. En outre, le patient voudra savoir s'il y a eu dans les circonstances un changement important qui pourrait modifier son appréciation des avantages et des inconvénients de poursuivre le procédé. Par exemple, les circonstances ont-elles changé au point que le procédé n'est plus aussi important pour le diagnostic qu'il l'était plus tôt? Cette détermination doit évidemment se faire en fonction des faits de chaque cas. Il peut survenir au cours du procédé des changements qui n'ont absolument rien à voir avec la question du consentement. Pourtant, la question déterminante sera toujours de savoir si le patient voudrait être informé de ces changements afin de pouvoir décider de continuer ou non.

d) Application en l'espèce

En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'après que M^{me} Ciarlariello se fut calmée le D^r Keller lui a expliqué qu'il restait encore un endroit à examiner et que cela ne prendrait que cinq minutes. Le D^r Keller lui a demandé ensuite si elle voulait que le test soit poursuivi jusqu'à sa conclusion et M^{me} Ciarlariello lui a dit de continuer. Ce témoignage, qui a été corroboré par celui du D^r Greco, constituait un fondement solide pour les conclusions du premier juge sur cette question.

D'après la preuve, ni sédatifs, ni médicaments, ni une détérioration de son état n'avaient mis M^{me} Ciarlariello dans l'impossibilité de consentir à la continuation du procédé. Fait important, aucun élément de preuve n'établissait que l'hyperventilation ou la tétanie de M^{me} Ciarlariello aient entraîné d'augmentation du risque qu'auraient présenté de nouvelles injections aux fins de l'angiographie. C'est donc avec raison que le premier juge a conclu à l'inutilité de répéter, avant d'administrer la dernière injection, les détails du procédé ou de ses risques inhérents. Depuis l'interruption du pro-

the procedure had been stopped. The hyperventilation, although extreme in this case, was not unusual. The patient's recovery from it was normal. There were no additional factors which had arisen which needed to be brought to the attention of the patient. Mrs. Ciarlariello was, therefore, capable of giving her consent to the continuation of the procedure based on the earlier disclosures. This she did.

(e) The Patient's Understanding of the Information

Prior to *Reibl v. Hughes*, there was some doubt as to whether the doctor had the duty to ensure that he was understood. However, Laskin C.J. made it quite clear in that case that it was incumbent on the doctor to make sure that he was understood, particularly where it appears that the patient had some difficulty with the language spoken by the doctor.

Indeed, it is appropriate that the burden should be placed on the doctor to show that the patient comprehended the explanation and instructions given. See as an example, *Schanczl v. Singh*, [1988] 2 W.W.R. 465 (Alta. Q.B.). In the case at bar, the trial judge very carefully considered the ability of Mrs. Ciarlariello to comprehend the medical information given to her by the doctor. He took into account Mrs. Ciarlariello's difficulties with the English language, and the stress that she was undergoing. With those factors in mind he came to the conclusion that she understood the nature of the procedure that she was to undergo. He found that she had a basic understanding of English which was manifested by her ability to converse with and respond appropriately to questions and instructions given to her by the doctors. Thus, although a translator was not present during the angiogram, in light of her demonstrated ability to adequately comprehend the language, it was appropriate to conclude that Mrs. Ciarlariello had given a valid consent to the continuation of the procedure.

There was then ample evidence upon which the trial judge could properly base his findings that Mrs. Ciarlariello was aware of all the risks and was

cédé, les circonstances n'avaient pas sensiblement changé. L'hyperventilation, quoique extrême en l'occurrence, n'avait rien d'inhabituel. La patiente s'en est d'ailleurs remise de façon normale. Aucun facteur nouveau devant être signalé à la patiente n'avait surgi. Celle-ci était en conséquence capable de donner à la continuation du procédé un consentement fondé sur les divulgations précédentes. Et c'est ce qu'elle a fait.

e) La compréhension des renseignements par le patient

Antérieurement à l'arrêt *Reibl c. Hughes*, il plaignait quelque doute quant à l'existence d'une obligation de la part du médecin de s'assurer qu'il s'est fait comprendre. Le juge en chef Laskin a toutefois bien précisé dans cet arrêt qu'il incombe au médecin de voir à se faire comprendre, surtout dans le cas d'un patient à qui la langue parlée par le médecin semble causer des difficultés.

Il convient en fait que ce soit le médecin qui ait la charge de prouver que le patient a compris l'explication et les instructions données. Voir, par exemple, la décision *Schanczl c. Singh*, [1988] 2 W.W.R. 465 (B.R. Alb.). En l'espèce, le juge de première instance a très soigneusement considéré la capacité de M^{me} Ciarlariello de comprendre les renseignements médicaux que lui avait communiqués le médecin. Il a tenu compte des difficultés que la langue anglaise présentait pour M^{me} Ciarlariello et du stress qu'elle éprouvait. Eu égard à ces facteurs, il en est venu à la conclusion qu'elle comprenait la nature du procédé qu'elle devait subir. Il a conclu qu'elle avait une connaissance de base de l'anglais, comme le manifestait sa capacité de converser avec les médecins et de répondre pertinemment à leurs questions et instructions. Donc, malgré l'absence d'un interprète pendant l'angiographie, il y avait lieu, compte tenu de sa compréhension visiblement suffisante de la langue, de conclure que M^{me} Ciarlariello avait donné un consentement valable à la continuation du procédé.

Il existait en conséquence amplement d'éléments de preuve sur lesquels le premier juge a pu légitimement fonder ses conclusions que

able to give a valid consent to the continuation of the process.

(f) Causation

There was complete and proper disclosure made by the respondents of all the risks involved in the procedure. Mrs. Ciarlariello gave an informed consent to the angiogram and the continuation of the second angiogram.

It is, therefore, not necessary to consider the issue of causation. Yet, for the sake of the peace of mind of the daughters of Mrs. Ciarlariello, I think it is worth emphasizing that since the risks involved in the performance of an angiogram were far, far less than the risks which would flow from not locating and treating an aneurism, a patient in Mrs. Ciarlariello's position would not have declined the angiography. As the trial judge pointed out, the statistical risk of quadriplegia from angiography is far less than the risk of death from the non-treatment of a subarachnoid haemorrhage. The trial judge further noted that all the defendant doctors, and the two medical experts testified that they had never had a subarachnoid patient refuse to undergo angiography. Taken together, this represented a patient population of over 1,000. This strengthens and supports the trial judge's conclusion that it was highly unlikely that Mrs. Ciarlariello would have refused to reactivate her consent to the continuation of the procedure had she been re-informed of all the risks, including quadriplegia.

Further, there was ample evidence to support the trial judge's finding that it was highly probable that Mrs. Ciarlariello's condition of quadriplegia was caused by contrast induced toxicity. The evidence reveals that Dr. Keller carefully investigated all the likely causes of the quadriplegia and concluded that the contrast material used in the angiogram had leaked through capillary walls and destroyed the neural tissue of the spinal cord. The other possible causes of the quadriplegia—a stroke

M^{me} Ciarlariello était consciente de tous les risques et qu'elle était capable de donner un consentement valable à la continuation du procédé.

^a f) La causalité

^b Les intimés ont fait une divulgation complète et valable de tous les risques inhérents au procédé en cause. Madame Ciarlariello a donné un consentement éclairé à l'angiographie et à la continuation de la seconde angiographie.

^c Il n'est donc pas nécessaire que nous examinions la question de la causalité. Cependant, pour que les filles de M^{me} Ciarlariello en aient le cœur net, j'estime utile de souligner que, comme les risques inhérents à une angiographie sont moins graves—et de très loin—que ceux découlant de la non-localisation et du non-traitement d'un anévrisme, un patient dans la situation de M^{me} Ciarlariello n'aurait pas refusé l'angiographie. Ainsi que l'a fait remarquer le premier juge, le risque statistique de quadriplégie par suite d'une angiographie est nettement inférieur au risque de mort que comporte le non-traitement d'une hémorragie méningée. Le juge de première instance a noté en outre que tous les médecins défendeurs et les deux experts médicaux ont témoigné n'avoir jamais vu de cas (et ce, sur plus de mille) où un patient atteint d'une hémorragie méningée s'était refusé à une angiographie. S'en trouve donc renforcée et étayée la conclusion du premier juge qu'il était fort peu probable que M^{me} Ciarlariello eût refusé de donner son consentement à la continuation du procédé si on l'avait informée encore une fois de tous les risques, y compris celui de quadriplégie. ^h

ⁱ De plus, il y avait amplement de preuves à l'appui de la conclusion du premier juge que la quadriplégie de M^{me} Ciarlariello a selon toute vraisemblance été provoquée par une intoxication attribuable au produit de contraste. D'après la preuve, le Dr Keller a méticuleusement étudié toutes les causes probables de la quadriplégie et a conclu que le produit de contraste employé dans l'angiographie avait passé à travers les parois des capillaires pour détruire le tissu neural de la moelle

or a blood clot—were investigated and ruled out as causes of the paralysis.

(3) *Conclusion*

The appellants' action against the respondents in battery must fail. The patient consented to both the angiograms and to the continuation of the second one. There was no fraud or misrepresentation inducing her to do so and the procedure in its continuation was no different from that to which she had previously given her consent.

The appellants' action in negligence must also fail. When a patient withdraws consent during a procedure to its continuation the procedure must be stopped unless to do so would seriously endanger the patient. However, the patient may still consent to the renewal or continuation of the process. That consent must also be informed. Although it may not be necessary that the doctors review with the patient all the risks involved in the procedure, the patient must be advised of any material change in the risks which has arisen and would be involved in continuing the process. In addition, the patient must be informed of any material change in the circumstances which could alter his or her assessment of the costs or benefits of continuing the procedure. Here, there had been no material change in the circumstances and a valid consent was given to the continuation of the process.

V — *Disposition*

Accordingly, the appeal must be dismissed. There will be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the respondents: McCarthy, Tétrault, Toronto.

épineière. Quant aux autres causes possibles de la paralysie, soit un accident cérébro-vasculaire ou un caillot de sang, elles ont été examinées et écartées.

^a (3) *Conclusion*

L'action pour voies de fait intentée par les appelantes contre les intimés doit être rejetée. La patiente a consenti aux deux angiographies et à la continuation de la seconde. Ce consentement ne lui a pas été arraché par la fraude ni par des déclarations inexactes et, après sa reprise, le procédé était en tous points identique à celui auquel elle avait déjà donné son consentement.

^c L'action des appelantes pour négligence doit également être rejetée. Lorsque, au cours d'un procédé, un patient retire son consentement à sa continuation, ce procédé doit être interrompu, à moins que cela ne présente un grave danger pour le patient. Toutefois, celui-ci peut encore consentir à sa reprise ou à sa continuation. Ce consentement doit, lui aussi, être éclairé. Bien qu'il ne soit peut-être pas nécessaire que les médecins lui exposent de nouveau tous les risques inhérents au procédé, le patient doit être informé de tout changement important survenu quant aux risques que présenterait sa continuation. De plus, le patient doit être mis au courant de tous les changements importants des circonstances qui pourraient modifier son appréciation des avantages et des inconvénients de poursuivre le procédé. En l'espèce, il n'y avait eu aucun changement important des circonstances et un consentement valable a été donné à sa continuation.

V — *Dispositif*

^h Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi rejeté.

ⁱ *Procureurs des appelantes: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

Procureurs des intimés: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Robert Cunningham *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in right of Canada
and the Warden of Kingston
Penitentiary** *Respondents*

INDEXED AS: CUNNINGHAM v. CANADA

File No.: 22451.

1993: January 29; 1993: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Fundamental justice — Parole — Mandatory supervision — Parole Act amended to change conditions for release on mandatory supervision — Whether amendment amounts to denial of prisoner's liberty contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii).

Prisons — Parole — Mandatory supervision — Parole Act amended to change conditions for release on mandatory supervision — Whether amendment amounts to denial of prisoner's liberty contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii).

In 1981 the appellant was sentenced to 12 years' imprisonment for manslaughter. Under the *Parole Act* in force at the time, he was entitled to be released on mandatory supervision after serving approximately two-thirds of his sentence, provided that he was of good behaviour. In 1986 the Act was amended to allow the Commissioner of Corrections, within six months of the "presumptive release date", to refer a case to the National Parole Board where he has reason to believe, on the basis of information obtained within those six months, that the inmate is likely, prior to the expiration of his sentence, to commit an offence causing death or serious harm. The Parole Board may, if it sees fit, deny

Robert Cunningham *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le
directeur du pénitencier de
Kingston** *Intimés*

b RÉPERTORIÉ: CUNNINGHAM c. CANADA

N° du greffe: 22451.

1993: 29 janvier; 1993: 22 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Justice fondamentale — Libération conditionnelle — Liberté surveillée — Loi sur la libération conditionnelle modifiée de façon à changer les conditions de mise en liberté surveillée — La modification équivaut-elle à une atteinte à la liberté du détenu en contravention des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3)a(ii).

Prisons — Libération conditionnelle — Liberté surveillée — Loi sur la libération conditionnelle modifiée de façon à changer les conditions de mise en liberté surveillée — La modification équivaut-elle à une atteinte à la liberté du détenu en contravention des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3)a(ii).

En 1981, l'appellant a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 ans pour homicide involontaire coupable. Aux termes de la *Loi sur la libération conditionnelle* en vigueur à l'époque, il avait droit d'être mis en liberté surveillée après avoir purgé environ les deux tiers de sa peine, à la condition d'avoir fait preuve de bonne conduite. En 1986, la Loi a été modifiée de façon à permettre au commissaire aux services correctionnels, dans les six mois de la «date prévue pour la libération», de renvoyer un cas à la Commission nationale des libérations conditionnelles lorsqu'il a des motifs de croire, sur le fondement de renseignements obtenus dans ces six mois, que le détenu commettra vraisemblablement,

release of the inmate. Shortly before his release date, the appellant received a notice that the Commissioner had decided to seek his continued detention. Following a hearing, he was ordered to be detained until his sentence expired, subject to annual reviews. The Ontario Supreme Court refused his application for a writ of *habeas corpus*. The Court of Appeal upheld the judgment. This appeal is to determine whether the 1986 amendment to the *Parole Act* amounts to a denial of the appellant's liberty contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; if so, whether the violation is justifiable under s. 1 of the *Charter*; and whether the Commissioner acted lawfully in referring the appellant to the Board for a hearing within six months of his release date.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellant has suffered deprivation of liberty. While the duration of the restriction of his liberty interest has not been affected, the manner in which he may serve part of that sentence has. The deprivation is sufficiently serious to warrant *Charter* protection. There is a significant difference between life inside a prison and the greater liberty enjoyed on the outside under mandatory supervision. The 1986 amendment to the *Parole Act* did not, however, violate the principles of fundamental justice, which are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but with the protection of society. From a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between those interests. The prisoner's liberty interest is limited only to the extent that this is shown to be necessary for the protection of the public. Nor does the procedure established under the Act and Regulations violate the principles of fundamental justice. The new procedure provides for a hearing, and the prisoner is entitled to representation throughout. The material on which the matter may be referred for hearing is limited, and there are provisions for new hearings to review the detention in the future. These requirements provide safeguards against arbitrary, capricious orders and ensure that curtailment of release on mandatory supervision occurs only when it is required to protect the public and then only after the interests of the pris-

avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort considérable. La Commission des libérations conditionnelles peut, si elle le juge à propos, refuser de libérer le détenu. Peu de temps avant la date de sa libération, l'appelant a reçu un avis selon lequel le commissaire avait décidé de demander sa détention continue. Par suite d'une audience, il a été ordonné qu'il soit détenu jusqu'à l'expiration de sa peine, sous réserve de révisions annuelles. La Cour suprême de l'Ontario a refusé sa demande en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. La Cour d'appel a confirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si la modification de 1986 à la *Loi sur la libération conditionnelle* équivaut à une atteinte à la liberté de l'appelant allant à l'encontre des principes de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; le cas échéant, si elle est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* et si le commissaire a agi de façon légitime lorsqu'il a renvoyé l'appelant devant la Commission dans les six mois précédant la date de sa libération.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'appelant a été privé de liberté. Bien qu'il n'y ait pas eu d'effet sur la durée de la restriction de son droit à la liberté, il y a eu un effet sur la manière dont il peut purger une partie de cette peine. La privation est suffisamment grave pour justifier la protection de la *Charte*. Il y a une immense différence entre la vie en prison et la liberté plus grande qui existe à l'extérieur en liberté surveillée. La modification de 1986 à la *Loi sur la libération conditionnelle* n'a toutefois pas porté atteinte aux principes de justice fondamentale qui touchent, non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. Du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre ces intérêts. Le droit à la liberté du détenu n'est restreint que dans la mesure où l'on démontre que cela est nécessaire pour la protection du public. La procédure établie aux termes de la *Loi* et du *Règlement* ne porte pas atteinte non plus aux principes de justice fondamentale. La nouvelle procédure prévoit une audience et le détenu a le droit de se faire entendre à toutes les étapes. Les documents à l'égard desquels l'affaire peut être renvoyée pour examen sont limités et il y a aussi des dispositions prévoyant de nouvelles audiences pour examiner la détention dans l'avenir. Ces exigences fournissent des garanties contre les ordonnances arbitraires et vexatoires et font en sorte que la restriction de la mise en liberté surveillée ne se matérialise que lorsque cela est nécessaire pour protéger le public et alors, seulement après que l'on a entièrement

oner in obtaining the release have been fully and fairly canvassed.

The Commissioner did not violate the *Parole Act* by referring the appellant's case to the Parole Board. While some of the information relied on was in the files prior to the six-month period before the prospective release date, that should not prevent the Commissioner from relying on new and revised reports to the same effect when they come to his attention within the six-month period.

Cases Cited

Referred to: *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979); *Board of Pardons v. Allen*, 482 U.S. 369 (1987); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3) [ad. c. 34 (2nd Supp.), s. 5].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, No. 113/89, October 18, 1990, affirming a judgment of Smith J., No. 241/89, August 2, 1989, dismissing the appellant's application for *habeas corpus*. Appeal dismissed.

R. Peter Napier, for the appellant.

Terrence Joyce, Q.C., and *John B. Edmond*, for the respondents.

et équitablement pris en compte les intérêts du détenu à l'égard de la mise en liberté.

Le commissaire n'a pas violé la *Loi sur la libération conditionnelle* lorsqu'il a renvoyé le cas de l'appelant à la Commission des libérations conditionnelles. Bien que certains renseignements sur lesquels il s'est fondé se trouvaient dans les dossiers établis avant la période de six mois précédant la date prévue pour la libération du détenu, cela ne devrait pas empêcher le commissaire de se fonder sur des rapports récents et révisés qui arrivent aux mêmes conclusions lorsqu'ils lui sont présentés dans la période de six mois.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Greenholtz c. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979); *Board of Pardons c. Allen*, 482 U.S. 369 (1987); *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3) [aj. ch. 34 (2^e suppl.), art. 5].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, N^o 113/89, 18 octobre 1990, qui a confirmé le jugement du juge Smith, N^o 241/89, 2 août 1989, qui avait rejeté la demande de l'appelant en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

R. Peter Napier, pour l'appelant.

Terrence Joyce, c.r., et *John B. Edmond*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—On February 14, 1981, the appellant was sentenced to 12 years' imprisonment for manslaughter following a brutal slaying in Chatham Head, New Brunswick. Under the *Parole Act* in force at the time of his sentencing, he was entitled to be released on mandatory supervision after serving approximately two-thirds of his sentence, on April 8, 1989, provided that he was of good behaviour.

In 1986 the *Parole Act* was amended to allow the Commissioner of Corrections, within six months of the "presumptive release date", to refer a case to the National Parole Board where he has reason to believe, on the basis of information obtained within those six months, that the inmate is likely, prior to the expiration of his sentence, to commit an offence causing death or serious harm: *Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii) (ad. c. 34 (2nd Supp.), s. 5). The Parole Board may, if it sees fit, deny release of the inmate.

The appellant had maintained a good behaviour record in prison. In 1988, his parole officer recommended him for parole and requested a community assessment, since the appellant had indicated he would be returning to his home community, not far from the scene of the crime. The appellant expected to be released on April 8, 1989.

This, however, was not to be. Shortly before his release date, the appellant received a notice that the Commissioner had decided to seek the continued detention of the appellant under the 1986 amendments to the *Parole Act*. His community, alerted to his release by the community assessment, evinced concern at his early release given the violence of the crime. Further assessments made in the six months preceding the early release

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Le 14 février 1981, l'appelant a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 ans pour homicide involontaire coupable par suite d'un meurtre brutal commis à Chatham Head (Nouveau-Brunswick). Aux termes de la *Loi sur la libération conditionnelle* en vigueur à l'époque de la détermination de sa peine, il avait droit d'être mis en liberté surveillée après avoir purgé environ les deux tiers de sa peine, le 8 avril 1989, à la condition d'avoir fait preuve de bonne conduite.

En 1986, la *Loi sur la libération conditionnelle* a été modifiée de façon à permettre au commissaire aux services correctionnels, dans les six mois de la «date prévue pour la libération», de renvoyer un cas à la Commission nationale des libérations conditionnelles lorsqu'il a des motifs de croire, sur le fondement de renseignements obtenus dans ces six mois, que le détenu commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort considérable: *Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2, sous-al. 21.3(3)a)(ii) (aj. ch. 34 (2^e suppl.), art. 5). La Commission des libérations conditionnelles peut, si elle le juge à propos, refuser de libérer le détenu.

L'appelant a eu une bonne conduite en prison. En 1988, son agent des libérations conditionnelles a recommandé sa mise en liberté conditionnelle et a demandé la tenue d'une enquête communautaire, étant donné que l'appelant avait indiqué qu'il retournerait à l'endroit d'où il est originaire, près du lieu du crime. L'appelant s'attendait à être libéré le 8 avril 1989.

Toutefois, il ne l'a pas été. Peu de temps avant la date de sa libération, l'appelant a reçu un avis selon lequel le commissaire avait décidé de demander sa détention continue aux termes des modifications de 1986 de la *Loi sur la libération conditionnelle*. La collectivité d'où il était originaire, avertie de la libération par l'enquête communautaire, a manifesté de l'inquiétude à l'égard de sa libération anticipée en raison de la violence du

date suggested that he remained homicidal when drunk. There was said to be a 50 percent chance of his returning to alcohol, and a 50 percent chance that if drunk he would commit an act of violence. There was also evidence that he was somewhat unstable and had not accepted his responsibility for the crime. While this evidence was brought forward in the six months preceding the anticipated release date, similar observations may be found in the prison records for preceding years.

Following a detention hearing, the appellant was ordered to be detained until his sentence expired on February 13, 1993, subject to annual reviews. The appellant brought an action to the Supreme Court of Ontario for a writ of *habeas corpus*. The application was refused. The appellant appealed to the Court of Appeal for Ontario, but his appeal was dismissed. The appellant now appeals to this Court.

Three issues arise before us:

1. Does the 1986 amendment to the *Parole Act* changing the conditions for release on mandatory supervision amount to a denial of the appellant's liberty contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the appellant's s. 7 rights were violated, is the violation justifiable under s. 1 of the *Charter*?

3. Did the Commissioner act lawfully in accordance with the legislation in referring the appellant to the National Parole Board for a hearing within six months of his release date?

crime. Il ressort d'autres enquêtes effectuées au cours des six mois qui ont précédé la date prévue pour la libération anticipée qu'il avait encore des tendances meurtrières en état d'ébriété. Il y aurait 50 pour 100 de risques qu'il se remette à boire et 50 pour 100 de risques que, en état d'ébriété, il commette un acte de violence. On a également démontré qu'il était assez instable et qu'il n'avait pas accepté sa responsabilité à l'égard du crime. Bien que ces éléments de preuve aient été présentés dans les six mois qui ont précédé la date prévue de sa libération, on peut trouver des observations semblables dans les dossiers de la prison au cours des années précédentes.

Par suite d'une audience relative à la détention, il a été ordonné que l'appellant soit détenu jusqu'à l'expiration de sa peine le 13 février 1993, sous réserve de révisions annuelles. L'appellant a intenté une action devant la Cour suprême de l'Ontario en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. La demande a été refusée. Il a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario, mais son appel a été rejeté. Il se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Trois questions sont soulevées devant nous:

1. La modification de 1986 apportée à la *Loi sur la libération conditionnelle* qui change les conditions de mise en liberté surveillée équivaut-elle à une atteinte à la liberté de l'appelant allant à l'encontre des principes de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. S'il y a eu violation des droits que l'art. 7 reconnaît à l'appelant, celle-ci peut-elle être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*?

3. Le commissaire a-t-il agi de façon légitime conformément à la loi lorsqu'il a renvoyé l'appelant devant la Commission nationale des libérations conditionnelles dans les six mois précédant la date de sa libération?

1. Were the Appellant's Rights Under Section 7 of the Charter Violated?

In order for the appellant to succeed in this argument, he must establish two things:

(1) that he was deprived of his liberty by the amendment to the *Parole Act* which resulted in denial of his release on mandatory supervision; and

(2) that the deprivation of his liberty was contrary to the fundamental interests of justice.

My conclusion is that while the appellant's liberty may be said to have been adversely affected by the changes to the *Parole Act*, the deprivation was not contrary to the principles of fundamental justice.

The first question is whether the appellant has suffered a deprivation of liberty which attracts the protection of s. 7 of the *Charter*. This raises two subsidiary questions: (1) Has the appellant shown that he has been deprived of liberty? (2) If so, is the deprivation sufficiently serious to attract *Charter* protection?

In my view, the appellant has shown that he has been deprived of liberty. The argument that because the appellant was sentenced to 12 years' imprisonment there can be no further impeachment of his liberty interest within the 12-year period runs counter to previous pronouncements, and oversimplifies the concept of liberty. This and other courts have recognized that there are different types of liberty interests in the context of correctional law. In *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459, at p. 464, Lamer J. (as he then was) identified three different deprivations of liberty: (1) the initial deprivation of liberty; (2) a substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty; and (3) a continuation of the deprivation of liberty. In *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 645, this Court held by a majority, *per Wilson J.* (Lamer and L'Heureux-Dubé JJ. concurring) that the liberty interest involved in not

1. Y a-t-il eu violation des droits que l'art. 7 de la Charte reconnaît à l'appellant?

Pour que l'appellant ait gain de cause sur cet argument, il doit établir deux choses:

(1) qu'il a été privé de sa liberté par la modification de la *Loi sur la libération conditionnelle* qui a amené le refus de sa mise en liberté surveillée;

(2) que sa privation de liberté était contraire aux intérêts fondamentaux de la justice.

Selon moi, bien qu'on puisse dire que les modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle* aient pu avoir des conséquences défavorables à l'égard de la liberté de l'appellant, la privation n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale.

La première question est de savoir si l'appellant a subi une privation de liberté contre laquelle le protège l'art. 7 de la *Charte*. Il en découle deux questions subsidiaires: (1) L'appellant a-t-il démontré qu'il avait été privé de liberté? (2) Dans l'affirmative, la privation est-elle suffisamment grave pour que la protection conférée par la *Charte* s'applique?

À mon avis, l'appellant a démontré qu'il a été privé de liberté. L'argument voulant que, puisque l'appellant a été condamné à purger une peine d'emprisonnement de 12 ans, il ne peut y avoir d'autre atteinte à sa liberté pendant cette période est contraire à la jurisprudence et simplifie à l'extrême le concept de liberté. Notre Cour ainsi que d'autres tribunaux ont reconnu qu'il existe différents types de droits à la liberté dans le contexte du droit correctionnel. Dans l'arrêt *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459, à la p. 464, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a mentionné trois sortes de privation de liberté: (1) la privation initiale de liberté; (2) une modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté; et (3) la continuation de la privation de liberté. Dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, à la p. 645, notre Cour a conclu, à la majorité, par la voix du

continuing the period of parole ineligibility may be protected by s. 7 of the *Charter*:

... the continuation of the 25-year period of parole ineligibility deprives the appellant of an important residual liberty interest which is cognizable under s. 7 and which may be appropriately remedied by way of *habeas corpus* if found to be unlawful.

American authority is to the same effect. In *Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979), at pp. 9-10, the Supreme Court of the United States per Burger C.J. held that an expectation of liberty created by a parole statute created a liberty interest in parole release that is protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. This finding was affirmed in *Board of Pardons v. Allen*, 482 U.S. 369 (1987). Notwithstanding a vigorous dissent by O'Connor J. (Rehnquist C.J. and Scalia J. concurring) in that case, relying on *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), this remains the law in the United States.

I do not find it useful to ask whether the liberty interest was "vested" or "not vested". The only questions which arise under the *Charter* are whether a protected liberty interest is limited, and if so, whether that limitation accords with the principles of fundamental justice. To qualify an interest as "vested" or "not vested" does not really advance the debate, except in the sense that a vested interest might be seen as being more important or worthy of protection than one which is not vested. In that event, I think it better to speak directly of the importance of the interest, rather than introducing the property law concept of vesting. At the same time, it is important to recognize that liberty interests may cover a spectrum from the less important to the fundamental. A restriction affecting the form in which a sentence is served, the issue here, may

juge Wilson (avec l'appui des juges Lamer et L'Heureux-Dubé) que le droit à la liberté visé par la suppression de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle peut être protégé par l'art. 7 de la *Charte*:

... le maintien de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant une période de 25 ans prive l'appelante d'un droit résiduel important à la liberté qui relève de l'art. 7 et auquel il peut être remédié à bon droit par voie d'*habeas corpus* si elle est jugée illégale.

La jurisprudence américaine va dans le même sens. Dans l'arrêt *Greenholtz c. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979), aux pp. 9 et 10, la Cour suprême des États-Unis a conclu, par la voix du juge en chef Burger, qu'une expectative de liberté qui découle d'une loi sur la libération conditionnelle créait un droit à la liberté sous forme de libération conditionnelle, protégé par la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement. Cette conclusion a été confirmée dans l'arrêt *Board of Pardons c. Allen*, 482 U.S. 369 (1987). Nonobstant une dissidence vigoureuse du juge O'Connor (avec l'appui du juge en chef Rehnquist et du juge Scalia) dans cette affaire, se fondant sur l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), cela est l'état du droit aux États-Unis.

À mon avis, il est inutile de se demander si le droit à la liberté était «dévolu» ou non. Les seules questions qui se posent aux termes de la *Charte* sont de savoir si un droit à la liberté garanti est restreint et, le cas échéant, si cette restriction est conforme aux principes de justice fondamentale. La caractérisation d'un droit comme «dévolu» ou non ne fait pas réellement avancer le débat, sauf dans le sens qu'un droit dévolu pourrait être considéré comme plus important ou digne d'être protégé que celui qui ne l'est pas. Dans un tel cas, je crois qu'il est préférable de parler directement de l'importance du droit, plutôt que d'introduire le concept de droit dévolu qui provient du droit des biens. Par ailleurs, il est important de reconnaître que le droit à la liberté peut viser tout un éventail allant du moins important au fondamental. Une restriction

be less serious than would be an *ex post facto* increase in the sentence.

In the case at bar, the appellant was sentenced to 12 years and was required under his warrant of committal, both before and after the amendment of the *Parole Act*, to serve that sentence in its entirety. Thus the duration of the restriction of his liberty interest has not been affected. As Lamer J. held for the Court in *Dumas, supra*, at p. 464: "In the context of parole, the continued detention of an inmate will only become unlawful if he has acquired the status of a parolee." The appellant had never acquired parolee status, and his sentence, contrary to his counsel's submissions, has not been increased.

However the manner in which he may serve a part of that sentence, the second liberty interest identified by Lamer J. in *Dumas, supra*, has been affected. One has "more" liberty, or a better quality of liberty, when one is serving time on mandatory supervision than when one is serving time in prison. The appellant had a high expectation, contingent on his good behaviour, that he would be released on mandatory supervision on April 8, 1989, had the *Parole Act* not been amended; indeed, he would automatically have been released on mandatory supervision given his good behaviour. The effect of the 1986 amendment of the *Parole Act* was to reduce that expectation of liberty, in the sense that it curtailed the probability of his release on mandatory supervision. This resulted from the new power of the Commissioner to refer exceptional cases to the Parole Board based on events and information in the six months immediately preceding the presumptive release date. As the British Columbia Court of Appeal put it in *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452, at p. 454: "The effect of the 1986 amendments . . . is to alter the right of an inmate to serve a portion of his sentence on

qui touche la manière dont une peine est purgée, la question en litige ici, peut être moins grave que ne le serait une augmentation de la peine après le fait.

En l'espèce, l'appelant a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 ans et était tenu aux termes de son mandat d'incarcération, avant et après la modification de la *Loi sur la libération conditionnelle*, de purger cette peine au complet. Par conséquent, il n'y a pas eu d'effet sur la durée de la restriction de son droit à la liberté. Comme le juge Lamer l'a conclu au nom de la Cour dans l'arrêt *Dumas*, précité, à la p. 464: «Dans le contexte de la libération conditionnelle, la détention continue d'un détenu ne deviendra illégale que s'il a acquis le statut de libéré conditionnel.» L'appelant n'a pas acquis ce statut et sa peine, contrairement aux arguments de son avocat, n'a pas été augmentée.

Toutefois, il y a eu un effet sur la manière dont il peut purger une partie de cette peine, qui constitue le deuxième droit à la liberté identifié par le juge Lamer dans l'arrêt *Dumas*, précité. Une personne jouit de «plus» de liberté ou d'une meilleure qualité de liberté, lorsqu'elle purge sa peine en liberté surveillée plutôt qu'en prison. L'appelant nourrissait de grands espoirs, sous réserve de sa bonne conduite, qu'il serait mis en liberté surveillée le 8 avril 1989, si la *Loi sur la libération conditionnelle* n'avait pas été modifiée; en fait, il aurait automatiquement été mis en liberté surveillée à cause de sa bonne conduite. La modification de 1986 de la *Loi sur la libération conditionnelle* a eu pour effet de réduire cette attente de liberté, dans le sens qu'elle réduisait la probabilité de sa mise en liberté surveillée. Cette situation résultait du nouveau pouvoir du commissaire de renvoyer certains cas à la Commission des libérations conditionnelles en se fondant sur des événements survenus et sur les renseignements obtenus dans les six mois précédents immédiatement la date prévue de la libération. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a dit dans l'arrêt *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452, à la p. 454: [TRADUCTION] «Les modifications de 1986 ont eu pour effet [. . .] de modifier le droit d'un détenu de purger une partie de sa peine en

mandatory supervision by qualifying that right." (Emphasis added.)

I conclude that the appellant has suffered deprivation of liberty. The next question is whether the deprivation is sufficiently serious to warrant *Charter* protection. The *Charter* does not protect against insignificant or "trivial" limitations of rights: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759 (per Dickson C.J.); *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 314; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 259; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168-69. It follows that qualification of a prisoner's expectation of liberty does not necessarily bring the matter within the purview of s. 7 of the *Charter*. The qualification must be significant enough to warrant constitutional protection. To require that all changes to the manner in which a sentence is served be in accordance with the principles of fundamental justice would trivialize the protections under the *Charter*. To quote Lamer J. in *Dumas*, *supra*, at p. 464, there must be a "substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty".

The change in the manner in which the sentence was served in this case meets this test. There is a significant difference between life inside a prison versus the greater liberty enjoyed on the outside under mandatory supervision. Such a change was recognized as worthy of s. 7 protection in *Gamble*, *supra*.

Having concluded that the appellant has been deprived of a liberty interest protected by s. 7 of the *Charter*, we must determine whether this is contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. In my view, while the amendment of the *Parole Act* to eliminate automatic release on mandatory supervision restricted the appellant's liberty interest, it did not violate the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty

liberté surveillée en restreignant ce droit.» (Je souligne.)

Je conclus que l'appelant a été privé de liberté. La question suivante est de savoir si la privation est suffisamment grave pour justifier la protection de la *Charte*. La *Charte* n'assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou «négligeables» à l'égard des droits: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 759 (le juge en chef Dickson); *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 314; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 259; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 168 et 169. Il en découle que la restriction de l'attente d'un détenu en matière de liberté ne fait pas nécessairement intervenir l'application de l'art. 7 de la *Charte*. La restriction doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle. Exiger que toutes les modifications apportées à la manière dont une peine est purgée soient conformes aux principes de justice fondamentale aurait pour effet de banaliser les protections conférées par la *Charte*. Selon le juge Lamer dans l'arrêt *Dumas*, précité, à la p. 464, il doit y avoir une «modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté».

La modification dans la manière dont la peine a été purgée en l'espèce satisfait à ce critère. Il y a une immense différence entre la vie en prison et la liberté plus grande qui existe à l'extérieur en liberté surveillée. Dans l'arrêt *Gamble*, précité, une telle modification a été jugée digne de jouir de la protection conférée par l'art. 7.

Ayant conclu que l'appelant a été privé d'un droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*, nous devons déterminer si cela est contraire aux principes de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte*. À mon avis, bien que la modification de la *Loi sur la libération conditionnelle* visant à éliminer la mise en liberté surveillée automatique ait restreint le droit à la liberté de l'appelant, elle n'a pas porté atteinte aux principes de justice fondamentale. Ces principes touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que

has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, per Lamer J.; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 212, per Wilson J.; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882, per Iacobucci J.). In my view the balance struck in this case conforms to this requirement.

The first question is whether, from a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between the accused's interests and the interests of society. The interest of society in being protected against the violence that may be perpetrated as a consequence of the early release of inmates whose sentence has not been fully served needs no elaboration. On the other side of the balance lies the prisoner's interest in an early conditional release.

The balance is struck by qualifying the prisoner's expectation regarding the form in which the sentence would be served. The expectation of mandatory release is modified by the amendment permitting a discretion to prevent early release where society's interests are endangered. A change in the form in which a sentence is served, whether it be favourable or unfavourable to the prisoner, is not, in itself, contrary to any principle of fundamental justice. Indeed, our system of justice has always permitted correctional authorities to make appropriate changes in how a sentence is served, whether the changes relate to place, conditions, training facilities, or treatment. Many changes in the conditions under which sentences are served occur on an administrative basis in response to the prisoner's immediate needs or behaviour. Other changes are more general. From time to time, for example, new approaches in correctional law are introduced by legislation or regulation. These ini-

sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, le juge Lamer; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 212, le juge Wilson; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869 à la p. 882, le juge Iacobucci). À mon avis, l'équilibre obtenu en l'es-pèce satisfait à cette exigence.

La première question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société. Il n'est pas nécessaire de souligner l'intérêt qu'a la société d'être protégée contre les actes de violence qui pourraient survenir par suite de la mise en liberté anticipée de détenus dont la peine n'a pas été purgée au complet. Par ailleurs, il faut également tenir compte du droit du détenu à une mise en liberté anticipée sous condition.

L'équilibre est atteint par la restriction de l'attente qu'a le détenu par rapport à la façon dont la peine doit être purgée. L'attente relative à la mise en liberté surveillée est changée par la modification accordant le pouvoir discrétionnaire d'interdire une mise en liberté anticipée lorsque les intérêts de la société sont menacés. Une modification de la façon dont une peine est purgée, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'endroit du détenu, n'est, en soi, contraire à aucun principe de justice fondamentale. En fait, notre système de justice a toujours permis aux autorités correctionnelles d'apporter des modifications appropriées à la manière dont une peine doit être purgée, en ce qui a trait au lieu, aux conditions, aux installations de formation ou au traitement. Un grand nombre de modifications des conditions dans lesquelles les peines sont purgées sont apportées de façon administrative pour répondre aux besoins immédiats ou au comportement du détenu. D'autres modifications sont d'ordre plus général. Par exemple, à l'occasion, une loi ou un règlement introduit de nouvelles méthodes en droit correctionnel. Ces ini-

tiatives change the manner in which some of the prisoners in the system serve their sentences.

The next question is whether the nature of this particular change in the rules as to the form in which the sentence would be served violates the *Charter*. In my view, it does not. The change is directly related to the public interest in protecting society from persons who may commit serious harm if released on mandatory supervision. Only if the Commissioner is satisfied on the facts before him that this may be the case can he refer the matter to the Parole Board for a hearing. And only if the Board is satisfied that there is a significant danger of recidivism can it order the prisoner's continued incarceration. Thus the prisoner's liberty interest is limited only to the extent that this is shown to be necessary for the protection of the public. It is difficult to dispute that it is just to afford a limited discretion for the review of parole applicants who may commit an offence causing serious harm or death. Substantively, the balance is fairly struck.

Nor does the procedure established under the Act and Regulations violate the principles of fundamental justice. The change was made by law. The new procedure provides for a hearing to consider whether the expectation of release on mandatory supervision was warranted. The prisoner is entitled to representation throughout. The material on which the matter may be referred for hearing is limited. Under s. 21.3(3) of the *Parole Act*, the reference together with the relevant information is to be submitted no later than six months before the presumptive release date. The only exception to this general rule is provided where either the behaviour of the inmate or information obtained within the six months warrants a review. There are also provisions for new hearings to review the detention in the future. These requirements provide safeguards against arbitrary, capricious orders and ensure that curtailment of release on mandatory supervision occurs only when it is

tiatives modifient la manière dont certains détenus dans le système purgent leurs peines.

La question suivante est de savoir si la nature de cette modification particulière des règles relatives à la manière de purger la peine, viole la *Charte*. À mon avis, la réponse est négative. La modification découle directement de l'intérêt public dans la protection de la société contre les personnes susceptibles de causer un tort considérable si elles sont mises en liberté surveillée. Le commissaire ne peut renvoyer l'affaire devant la Commission des libérations conditionnelles pour qu'elle l'examine que s'il est convaincu d'après les faits qui lui sont présentés que ce pourrait être le cas. De plus, la Commission ne peut ordonner le maintien de l'incarcération du détenu que si elle est convaincue qu'il y a un risque important de récidive. Par conséquent, le droit à la liberté du détenu n'est restreint que dans la mesure où l'on démontre que cela est nécessaire pour la protection du public. Il est difficile de contester la justesse de l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire limité pour l'examen de demandes de libération conditionnelle de personnes susceptibles de commettre une infraction qui cause un tort considérable ou la mort. Essentiellement, l'équilibre est suffisamment atteint.

La procédure établie aux termes de la Loi et du Règlement ne porte pas atteinte non plus aux principes de justice fondamentale. La modification a été apportée par la législation. La nouvelle procédure prévoit une audience afin d'examiner si l'attente de mise en liberté surveillée était justifiée. Le détenu a le droit de se faire entendre à toutes les étapes. Les documents à l'égard desquels l'affaire peut être renvoyée pour examen sont limités. En vertu du par. 21.3(3) de la *Loi sur la libération conditionnelle*, le renvoi doit être effectué, avec les renseignements utiles, au plus tard six mois avant le date prévue pour la libération. La seule exception à cette règle générale survient quand le comportement du détenu ou des renseignements obtenus pendant ces six mois justifie un examen. Il y a aussi des dispositions prévoyant de nouvelles audiences pour examiner la détention dans l'avenir. Ces exigences fournissent des garanties contre les ordonnances arbitraires et vexatoires et font en

required to protect the public and then only after the interests of the prisoner in obtaining the release have been fully and fairly canvassed.

Appellate courts have come to the same conclusion in previous decisions that considered the 1986 amendments to the *Parole Act* and *Parole Regulations*. In reference to the numerous sections in the Act and Regulations outlining procedural safeguards, Robins J.A. in *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313 (Ont. C.A.), at p. 316, states:

These safeguards ensure a fair procedure and serve to protect those inmates who would otherwise be eligible for release on mandatory supervision against any arbitrary determination of their rights.

Hinkson J.A. makes a similar finding in *Re Ross and Warden of Kent Institution*, *supra*, at p. 460.

I conclude that the appellant has not established that the changes to the *Parole Act* deprived him of his liberty contrary to the principles of fundamental justice. No violation of s. 7 having been made out, it is unnecessary to consider the arguments under s. 1 of the *Charter*.

2. Did the Commissioner Act Lawfully?

I turn to the final issue: whether the Commissioner's referral of the appellant's case to the Parole Board was illegal and contrary to the law. Under s. 21.3(3), the Commissioner may refer an inmate's case to the Board no later than six months preceding his "presumptive release" on mandatory supervision. An exception to this general rule is permitted where, due to the inmate's behaviour or information received within the six-month period, the Commissioner has reason to believe that the inmate is likely, prior to the expiration of his sentence, to commit an offence causing death or serious harm. The Commissioner must have

sorte que la restriction de la mise en liberté surveillée ne se matérialise que lorsque cela est nécessaire pour protéger le public et alors, seulement après que l'on a entièrement et équitablement pris en compte les intérêts du détenu à l'égard de la mise en liberté.

Les cours d'appel sont arrivées à la même conclusion dans des arrêts antérieurs qui ont examiné les modifications de 1986 apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle* et au *Règlement sur la libération conditionnelle*. Relativement aux nombreux articles de la Loi et du Règlement qui prévoient des garanties procédurales, le juge Robins a dit dans l'arrêt *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Ont.), à la p. 316:

[TRADUCTION] Ces garanties assurent l'application d'une procédure équitable et servent à protéger les détenus qui normalement seraient admissibles à la mise en liberté surveillée contre toute décision arbitraire à l'égard de leurs droits.

Le juge Hinkson est arrivé à une conclusion semblable dans l'arrêt *Re Ross and Warden of Kent Institution*, précité, à la p. 460.

Je conclus que l'appellant n'a pas démontré que les modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle* l'ont privé de sa liberté en contravention des principes de justice fondamentale. Comme aucune violation de l'art. 7 n'a été démontrée, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur l'article premier de la *Charte*.

2. Le commissaire a-t-il agi de façon légitime?

J'examine la dernière question, qui est de savoir si le renvoi par le commissaire du cas de l'appellant à la Commission des libérations conditionnelles était illégale et contraire à la loi. Aux termes du par. 21.3(3), le commissaire peut renvoyer le cas d'un détenu à la Commission au plus tard six mois avant la «date prévue pour la libération» surveillée. Une exception à cette règle générale est permise lorsque, en raison du comportement du détenu ou de renseignements reçus dans les six mois, le commissaire a des motifs de croire que le détenu commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort

formed the belief on the basis of “information obtained within those six months” (s. 21.3(3)(a)(ii)).

The Commissioner referred the appellant’s case as a “Commissioner’s Referral based upon new information”, offering the opinion that “without treatment intervention there are reasonable grounds to believe that this inmate is likely to commit an offence causing death or serious harm prior to warrant expiry date”. The Commissioner’s memorandum included two psychiatric reports, a letter from the Crown prosecutor and an updated RCMP report. All this information was received within the six months before the presumptive release date. It is argued that the information relied on by the Commissioner, while nominally arising within the six-month period before the appellant’s prospective date for release on mandatory supervision, in fact is no more than an update of information which was on the appellant’s file before that period. It is true that references to the appellant’s volatility, drinking problems, lack of acceptance of guilt and tendency to violence when drunk may be found in the files prior to the six-month period. But that should not, in my view, prevent the Commissioner from relying on new and revised reports to the same effect when they come to his attention within the six-month period before the prospective release date. Indeed, it would be an unusual case where information coming forward in the six-month pre-release period did not find its echoes and antecedents in the previous prison record, given the long-standing nature of the problems typically involved in these cases.

I would agree with the motions judge that an objective test is appropriate. The issue put before this Court was whether the information could be said to be “new” in the substantive sense, rather than merely the temporal sense. The motions judge, having considered all the material, concluded on an objective test that it had not been

considérable. Le commissaire doit fonder sa conclusion sur «des renseignements obtenus pendant ces six mois» (sous-al. 21.3(3)a)(ii)).

^a Le commissaire a renvoyé le cas de l’appelant en tant que «renvoi du commissaire fondé sur des renseignements nouveaux» et a émis l’opinion que [TRADUCTION] «sans traitement, il y a des motifs raisonnables de croire que ce détenu commettra vraisemblablement une infraction causant la mort ou un tort considérable avant la date d’expiration du mandat». La note de service du commissaire comprenait deux rapports de psychiatres, une lettre du substitut du procureur général et un rapport à jour de la GRC. Tous ces renseignements ont été obtenus dans les six mois avant la date prévue pour sa libération. On soutient que, bien qu’ils aient matériellement vu le jour dans les six mois avant la date prévue pour la mise en liberté surveillée de l’appelant, les renseignements sur lesquels s’est fondé le commissaire ne constituent, en fait, rien de plus qu’une mise à jour des renseignements contenus au dossier de l’appelant avant cette période. Il est vrai que les références à l’instabilité de l’appelant, à son problème d’alcool, à son refus d’accepter la culpabilité et à sa tendance à être violent en état d’ébriété se trouvent dans les dossiers établis avant la période de six mois. Toutefois, à mon avis, cela ne devrait pas empêcher le commissaire de se fonder sur des rapports récents et révisés qui arrivent aux mêmes conclusions lorsqu’ils lui sont présentés dans la période de six mois avant la date prévue pour la libération du détenu. En fait, il serait inhabituel que des renseignements obtenus pendant la période de six mois avant la libération ne se retrouvent pas dans le dossier carcéral antérieur, étant donné que les problèmes qui caractérisent habituellement ces cas existent depuis longtemps.

ⁱ Je suis d’accord avec le juge des requêtes qu’il y a lieu d’appliquer un critère objectif. La question dont notre Cour est saisie est de savoir si l’on peut dire que les renseignements sont «nouveaux» quant au fond, plutôt que simplement dans le temps. Après avoir examiné tous les documents, le juge des requêtes a conclu en vertu d’un critère

established that the Commissioner had acted illegally in the sense of not forming his opinion on the basis of information obtained within six months. My review of the record does not persuade me that he was wrong.

In my view, the Commissioner did not violate the Act by referring the appellant's case to the National Parole Board for reconsideration of his eligibility for release on mandatory supervision.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston.

Solicitor for the respondents: John C. Tait, Ottawa.

objectif qu'il n'avait pas été démontré que le commissaire avait agi illégalement dans le sens qu'il n'avait pas formé son opinion sur le fondement de renseignements obtenus dans les six mois. D'après mon examen du dossier, je ne suis pas convaincue qu'il avait tort.

À mon avis, le commissaire n'a pas violé la Loi lorsqu'il a renvoyé le cas de l'appelant à la Commission nationale des libérations conditionnelles pour qu'elle examine de nouveau son admissibilité à la mise en liberté surveillée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston.

Procureur des intimés: John C. Tait, 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 2, 1993 Vol. 2

2^e cahier, 1993 Vol. 2

Cited as [1993] 2 S.C.R. 157-351

Renvoi [1993] 2 R.C.S. 157-351

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada..... 230

Labour relations — Grievance arbitration — Company ending retired workers' benefits derived from expired collective agreement — Union initiating grievance — Whether grievance arbitrable — Whether arbitrator correctly assumed jurisdiction.

Judicial review — Labour Relations Board — Grievance arbitration — Company ending retired workers' benefits derived from expired collective agreement — Union initiating grievance — Whether grievance arbitrable — Whether arbitrator correctly assumed jurisdiction — Whether privative clause applicable — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 44.

Hall v. Hebert..... 159

Torts — Duty of care — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether duty of care to deny impaired person permission to drive the vehicle.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada..... 230

Relations de travail — Arbitrage de grief — Cessation par une société du versement des avantages des employés retraités découlant d'une convention collective échue — Dépôt d'un grief par le syndicat — Le grief est-il arbitrable? — L'arbitre a-t-il conclu à bon droit qu'il avait compétence?

Contrôle judiciaire — Commission des relations de travail — Arbitrage de grief — Cessation par une société du versement des avantages des employés retraités découlant d'une convention collective échue — Dépôt d'un grief par le syndicat — Le grief est-il arbitrable? — L'arbitre a-t-il conclu à bon droit qu'il avait compétence? — La clause privative s'applique-t-elle? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 44.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Torts — Defences — *Ex turpi causa* — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether or not impaired driver barred from suing by principle of *ex turpi causa*.

Torts — Liability — Apportionment — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Proper apportionment of liability.

R. v. C. (R.) 226

Criminal law — Evidence — Sexual assault — Victim the accused's minor daughter — Victim 12 years old at time of trial — Testimony given by the victim and by her mother and brother — Accused denied child's evidence — Issue of credibility — Trial judge dismissing en bloc the testimony of accused without giving precise reasons for doing so — No manifest error of law or principle permitting Court of Appeal to intervene and order new trial.

R. v. Hawkins 157

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. Osolin 313

Practice — Supreme Court of Canada — Intervention — Attorney General — Criminal appeal — Non-constitutional issue — Special circumstances must be shown to permit intervention by a provincial Attorney General in respect of non-constitutional issues in a criminal appeal — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 18.

R. v. Slaney 228

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Five months' systemic delay between charge and committal not unreasonable — Substantial part of delay after committal explained or waived — Balance of delay after committal not unreasonable — Stay of proceedings not justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd. 316

Labour relations — Collective agreement — Interpretation — Extrinsic evidence — Collective agreement applicable "when the Employer shall perform any work of the type covered" by the agreement — Affiliated company hiring non-unionized carpenters — Arbitrator finding that such "double-breasting" violated collective agreement — Whether arbitrator's interpretation of collective agreement patently unreasonable — Whether arbitrator's use of extrinsic evidence patently unreasonable.

Judicial review — Standard of review — Labour relations arbitrator.

SOMMAIRE (Suite)

Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd. 316

Relations de travail — Convention collective — Interprétation — Preuve extrinsèque — Convention collective applicable «à tous les travaux y visés qu'exécute l'employeur» — Embauche de charpentiers non syndiqués par une société apparentée — Conclusion de l'arbitre qu'un tel recours à l'«exploitation à double volet» viole la convention collective — L'interprétation donnée à la convention collective par l'arbitre est-elle manifestement déraisonnable? — L'utilisation par l'arbitre d'une preuve extrinsèque est-elle manifestement déraisonnable?

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitre en matière de relations de travail.

Hall c. Hebert 159

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Y avait-il obligation de diligence de refuser à la personne en état d'ébriété la permission de conduire le véhicule?

Responsabilité délictuelle — Moyens de défense — *Ex turpi causa* — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Le principe *ex turpi causa* empêche-t-il le conducteur en état d'ébriété d'engager des poursuites?

Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Partage — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Partage équitable de la responsabilité.

R. c. C. (R.) 226

Droit criminel — Preuve — Agression sexuelle — Victime étant la fille mineure de l'accusé — Victime âgée de 12 ans au moment du procès — Témoignages de la victime, de sa mère et de son frère — Accusé niant le témoignage de l'enfant — Question de crédibilité — Juge du procès ayant rejeté en bloc le témoignage de l'accusé sans donner de motifs précis — Aucune erreur de droit ou de principe manifeste permettant à la Cour d'appel d'intervenir et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

R. c. Hawkins 157

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Osolin..... 313

Pratique — Cour suprême du Canada — Intervention — Procureur général — Pourvoi en matière criminelle — Question non constitutionnelle — Nécessité que l'existence de circonstances spéciales soit démontrée pour que le procureur général d'une province soit autorisé à intervenir à l'égard d'une question non constitutionnelle dans un pourvoi en matière criminelle — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18.

R. c. Slaney..... 228

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai systémique de cinq mois entre la mise en accusation et le renvoi à procès non déraisonnable — Explication ou renonciation à l'égard d'une grande partie du délai après le renvoi à procès — Reste du délai après le renvoi non déraisonnable — Arrêt des procédures non justifié — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Gordon Hawkins *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HAWKINS

File No.: 23035.

1993: April 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).***Statutes and Regulations Cited***Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1992), 72 C.C.C. (3d) 524, 9 C.R.R. (2d) 245, 14 C.R. (4th) 286, allowing the accused's appeal from his conviction for sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

Wayne Gorman, for the appellant.*Alan D. Gold*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J.—This is an appeal as of right.

We are all of the view that on the facts of this case the respondent was not detained. It follows that there could not be any infringement of his rights guaranteed by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appeal is therefore allowed. The order of the Court of Appeal is set aside and the conviction restored.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **John Gordon Hawkins** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. HAWKINS

N^o du greffe: 23035.^b 1993: 28 avril.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Détenion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).***Lois et règlements cités***Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1992), 72 C.C.C. (3d) 524, 9 C.R.R. (2d) 245, 14 C.R. (4th) 286, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Wayne Gorman, pour l'appelante.^g *Alan D. Gold*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE CORY—Le présent pourvoi est formé de plein droit.

ⁱ Nous sommes tous d'avis que, d'après les faits de l'espèce, l'intimé n'a pas été détenu. Il s'ensuit qu'il n'a pu y avoir aucune atteinte aux droits que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^j Le pourvoi est donc accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Judgment accordingly.

*Solicitor for the appellant: Wayne Gorman,
St. John's.*

*Solicitors for the respondent: Gold & Fuerst,
Toronto.*

Jugement en conséquence.

*Procureur de l'appelante: Wayne Gorman,
St. John's.*

Procureurs de l'intimé: Gold & Fuerst, Toronto.

Vincent Hall *Appellant*

v.

Jean Hebert, also known as Joseph Jean Claude Hebert *Respondent*

INDEXED AS: HALL v. HEBERT

File No.: 22399.

1992: October 6; 1993: April 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Duty of care — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether duty of care to deny impaired person permission to drive the vehicle.

Torts — Defences — Ex turpi causa — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether or not impaired driver barred from suing by principle of ex turpi causa.

Torts — Liability — Apportionment — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Proper apportionment of liability.

Respondent, who owned a "souped-up" muscle car, and his passenger (appellant) had been drinking. When the car stalled on an unlit and particularly rough gravel road with a sharp drop off to one side, respondent decided the only way to start it was "a rolling start" when he could not find the keys after they had shaken out of the ignition. At appellant's request, respondent allowed appellant to drive when they tried the rolling start. Respondent had been aware that appellant had consumed 11 or 12 bottles of beer that evening, three within the last hour prior to the accident. Despite this, he did not consider the appellant drunk. Appellant lost control of the car; it left the road, went down the steep slope and turned upside down. Both were able to walk away from the accident and reached the house of an

Vincent Hall *Appellant*

c.

^a **Jean Hebert, également connu sous le nom de Joseph Jean Claude Hebert** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: HALL c. HEBERT

^b N° du greffe: 22399.

1992: 6 octobre; 1993: 29 avril.

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

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

^d *Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Y avait-il obligation de diligence de refuser à la personne en état d'ébriété la permission de conduire le véhicule?*

^e *Responsabilité délictuelle — Moyens de défense — Ex turpi causa — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Le principe ex turpi causa empêche-t-il le conducteur en état d'ébriété d'engager des poursuites?*

^f *Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Partage — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Partage équitable de la responsabilité.*

L'intimé, qui était propriétaire d'une voiture au moteur «gonflé», et son passager (l'appellant) avaient consommé de l'alcool. Lorsque la voiture s'est arrêtée sur une route de gravier non éclairée particulièrement cahoteuse avec une pente abrupte d'un côté, l'intimé, qui ne pouvait pas retrouver les clés qui s'étaient dégagees du contact, a décidé qu'elle ne pouvait être remise en marche que par un «démarrage en côte». À la demande de l'appellant, l'intimé lui a permis de conduire lorsqu'ils ont tenté le démarrage en côte. L'intimé savait que l'appellant avait consommé 11 ou 12 bouteilles de bière ce soir-là, dont trois dans l'heure précédant l'accident. Il ne le considérait pourtant pas comme ivre. L'appellant a perdu la maîtrise du véhicule, qui a quitté la route pour s'engager sur la pente raide et capoter. Tous

acquaintance who described them as being drunk. It was later discovered that the appellant had suffered significant head injuries.

The trial judge allowed appellant's action for civil damages and apportioned liability at 75 percent to the respondent and 25 percent to the appellant. The Court of Appeal allowed respondent's appeal. At issue here are: (1) whether a person having the care and control of a motor vehicle owes a duty of care to another who is known to be impaired to deny that impaired person permission to drive the vehicle; (2) whether *ex turpi causa non oritur actio* provides respondent with a complete defence to this action; and (3) whether the trial judge erred in his apportionment of liability.

Held (Sopinka J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin and Iacobucci JJ.: Courts can bar recovery in tort on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct but only in very limited circumstances. The basis of this power lies in duty of the courts to preserve the integrity of the legal system, and is exercisable only where this concern is in issue. Generally, the *ex turpi causa* principle will not operate in tort to deny damages for personal injury, since tort suits will generally be based on a claim for compensation. The use of *ex turpi causa* is not justified where the plaintiff's claim is merely for compensation for personal injuries sustained as a consequence of the negligence of the defendant since no inconsistency is introduced into the fabric of the law in making such an award.

The defence of *ex turpi causa non oritur actio* should not be replaced with a judicial discretion to negate or refuse to consider a duty of care on a policy basis. Shifting the analysis to the issue of duty provides no new insight into the fundamental question of when the courts should be entitled to deny recovery in tort to a plaintiff

deux ont pu quitter à pied les lieux de l'accident et se rendre à la maison d'une connaissance, qui les a décrits comme ivres à ce moment. On a découvert par la suite que l'appelant avait subi d'importantes blessures à la tête.

Le juge de première instance a accueilli l'action de l'appelant en dommages-intérêts civils et a partagé la responsabilité à 75 pour 100 pour l'intimé et 25 pour 100 pour l'appelant. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé. En l'espèce, les questions suivantes sont soulevées: (1) La personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule automobile a-t-elle à l'égard d'une autre personne dont les facultés sont manifestement affaiblies une obligation de diligence en vertu de laquelle elle serait tenue de lui refuser la permission de conduire le véhicule? (2) La maxime *ex turpi causa non oritur actio* offre-t-elle à l'intimé un moyen de défense complet dans la présente action? (3) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans le partage de la responsabilité?

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin et Iacobucci: Les tribunaux peuvent empêcher l'indemnisation en matière délictuelle du fait de la conduite immorale ou illégale du demandeur mais seulement dans des circonstances très limitées. Ce pouvoir est fondé sur le devoir qu'ont les tribunaux de préserver l'intégrité du système juridique, et il ne peut être exercé que lorsque cette préoccupation est en cause. En règle générale, le principe *ex turpi causa* ne s'applique pas en matière délictuelle pour motiver le refus de faire droit à une demande de dommages-intérêts pour lésions corporelles puisque les actions en responsabilité délictuelle sont généralement fondées sur une demande de dédommagement. L'application de la règle *ex turpi causa* ne se justifie pas lorsque le demandeur cherche uniquement à être dédommagé pour des lésions corporelles découlant de la négligence du défendeur car la décision de faire droit à la demande n'introduit pas d'incohérence dans le droit.

Le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio* ne devrait pas être remplacé par un pouvoir judiciaire discrétionnaire permettant d'annuler ou de refuser d'établir l'obligation de diligence pour des considérations de principe. Axer l'analyse sur l'obligation n'apporte aucun éclaircissement nouveau sur la question fondamentale de savoir quand les tribunaux devraient être habilités à débouter le demandeur de son action en responsabilité délictuelle en raison de sa conduite immo-

on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct. It would also introduce a series of new problems.

The duty approach does not fully capture the sense of the principle of *ex turpi causa*. The *ex turpi causa* principle operates most naturally as a defence because its purpose is to frustrate what would be, had *ex turpi causa* no role, a complete cause of action.

The relationship between plaintiff and defendant which gives rise to their respective entitlement and liability arises in tort from a duty predicated on foreseeable consequences of harm. This duty of care is owed to all persons who may reasonably be foreseen to be injured by the negligent conduct. The legality or morality of the plaintiff's conduct is therefore an extrinsic consideration. Use of *ex turpi causa* as a defence rather than a distortion of the notion of the duty of care owed by the defendant to the plaintiff is preferable in the rare cases where concerns for the administration of justice require that the extrinsic consideration of the character of the plaintiff's conduct be considered. The notion that the courts cannot, in certain circumstances, consider whether a duty of care arises has the practical effect of denying a duty which would otherwise arise, and hence, in substance, of violating the principle against making certain parties outlaws in civil proceedings.

Practical reasons exist for treating *ex turpi causa* as a defence. First, to treat it as going to the duty of care would inappropriately place on the plaintiff the onus of showing the absence of disentitling conduct. Second, the duty of care approach is an all or nothing approach, and cannot be applied selectively to discreet heads of damages. Finally, the consideration of illegal or immoral conduct at the stage of determining the duty of care would raise procedural problems where concurrent claims are made in tort and contract. The onus would be on the defendant to prove the relevance of the plaintiff's conduct in contract but on the plaintiff to disprove the relevance of the conduct in tort, unnecessarily complicating the task of the trial judge and the parties.

rale ou illégale. Cela entraîne en outre une série de nouveaux problèmes.

La position fondée sur l'obligation n'épuise pas complètement le sens que nous donnons au principe *ex turpi causa*. Ce principe s'emploie le plus naturellement comme moyen de défense puisque sa fonction est d'empêcher ce qui, s'il ne jouait aucun rôle, constituerait une cause d'action complète.

La relation qui existe entre le demandeur et le défendeur et qui entraîne leurs droits et responsabilités respectifs en responsabilité civile délictuelle découle d'une obligation fondée sur les conséquences prévisibles d'un préjudice. L'obligation de diligence s'applique à l'égard de toutes les personnes raisonnablement susceptibles d'être victimes d'une conduite négligente. Par conséquent, la légalité ou la moralité de la conduite du demandeur est un motif extrinsèque. Il est préférable d'utiliser la règle *ex turpi causa* comme moyen de défense plutôt que de risquer de fausser la notion de l'obligation de diligence du défendeur à l'endroit du demandeur dans les rares cas où le souci de l'administration de la justice exige que l'on tienne compte du motif extrinsèque que constitue la conduite du demandeur. La notion selon laquelle les tribunaux ne peuvent, dans certaines circonstances, déterminer l'existence d'une obligation de diligence a pour effet pratique d'écarter une obligation qui existerait par ailleurs et, partant, de déroger en substance au principe de ne pas prononcer la déchéance de certaines parties dans les procédures civiles.

Il existe des raisons pratiques de traiter la règle *ex turpi causa* comme un moyen de défense. En premier lieu, s'en servir pour établir l'existence d'une obligation de diligence serait imposer au demandeur de façon indue le fardeau de démontrer l'absence de conduite pouvant le priver de son droit. En deuxième lieu, la position fondée sur l'obligation de diligence est sans nuance et ne peut s'appliquer sélectivement à des chefs particuliers de dommages-intérêts. Enfin, la prise en considération de la conduite illégale ou immorale à l'étape de l'établissement d'une obligation de diligence soulèverait des problèmes de procédure lorsqu'il y a poursuite à la fois en matière délictuelle et en matière contractuelle. En matière contractuelle, il incomberait au défendeur de prouver la pertinence de la conduite du demandeur, mais en matière délictuelle, c'est au demandeur qu'incomberait le fardeau de réfuter la pertinence de sa conduite, compliquant inutilement la tâche du juge du procès et des parties.

The appellant need not be denied recovery here because the compensation sought was for injuries received. This compensation can be reduced to the extent of the appellant's contributory negligence, but cannot be wholly denied by reason of his disreputable or criminal conduct.

Per Cory J.: This Court has approved the two stage test for considering foreseeability, proximity and duty of care: (i) is there a sufficiently close relationship between the parties so that, in the reasonable contemplation of a party, carelessness on its part might cause damage to another person, and if so, (ii) are there any considerations which should negate or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise. This test, particularly the second branch, is broad enough to take into account policy considerations which may in fact negate the existence of a duty of care. Damages have been awarded in many cases where the plaintiff has been guilty of illegal acts.

The old common law defence of contributory negligence that stood as an absolute bar to recovery in tort actions has been legislated out of existence. The Negligence Acts of all the common law provinces provide a basis for a fair assessment and distribution of the liability. The defence of *volenti*, also a complete bar to recovery, has been confined to a narrow scope by this Court but may provide a valid defence in cases of economic tort. The doctrine of *ex turpi causa* should be eliminated in its application to tort cases. It would be better to consider the issue as a question to be resolved on considerations of public policy.

The respondent as the owner of the vehicle, was charged with its care and control and clearly owed a duty to the appellant to refuse to permit him to drive his vehicle. Common sense dictates that one who has the care and control of a vehicle should not permit another person that he knows or should know is unfit to drive to take over the control of his vehicle. Particularly this is so where the vehicle is high powered, the driving conditions are difficult and the proposed driver is clearly impaired.

Il n'y a pas lieu, en l'espèce, de refuser la réparation demandée par l'appelant parce que le dédommagement est demandé pour les blessures qu'il a subies. Ce dédommagement peut être réduit dans la mesure de sa négligence contributive, mais il ne peut lui être complètement refusé du seul fait de sa conduite déshonorante ou criminelle.

Le juge Cory: Notre Cour a approuvé le critère à deux volets permettant de déterminer la prévisibilité, le lien étroit et l'obligation de diligence: (i) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties pour qu'une partie ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer des dommages à autrui; dans l'affirmative, (ii) y a-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages-intérêts auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu? Ce critère, particulièrement dans son second volet, est suffisamment vaste pour tenir compte de considérations de principe qui peuvent dans les faits annuler l'obligation de diligence. Dans bon nombre d'affaires, le demandeur a obtenu des dommages-intérêts même s'il était coupable d'actes illégaux.

L'ancien moyen de défense fondé sur la négligence contributive, qui était reconnu en common law et qui servait d'obstacle absolu à l'indemnisation dans des actions en responsabilité délictuelle, a été supprimé par voie législative. Les diverses lois sur le partage de la responsabilité adoptées dans les provinces de common law constituent le fondement d'une évaluation et d'une répartition justes de la responsabilité. Notre Cour a restreint à une portée étroite le moyen de défense *volenti*, qui constitue également un obstacle complet à l'indemnisation, mais il peut être un moyen de défense valide dans des affaires de délit économique. L'application de la règle *ex turpi causa* devrait être supprimée dans les actions en responsabilité délictuelle. Il serait préférable de considérer cette question comme devant être tranchée à la lumière de considérations d'ordre public.

En sa qualité de propriétaire de la voiture, l'intimé en avait la garde et le contrôle et il avait clairement à l'égard de l'appelant l'obligation de lui refuser la permission de conduire son automobile. Selon le bon sens, la personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule ne devrait pas en confier le contrôle à une autre personne qui, selon la connaissance qu'il en a ou qu'il devrait en avoir, n'est pas en état de conduire. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une voiture à haute performance, que les conditions de conduite sont difficiles et que les facultés de la personne qui se propose comme conducteur sont manifestement affaiblies.

The doctrine of *ex turpi causa* should not be applied under any guise. The issue of "public policy" should not be considered under the archaic Latin rubric of *ex turpi causa* but honestly and frankly under the designation of public policy. Generally, decisions in which the *ex turpi causa* defence has been applied have required the existence of joint illegal conduct by the parties. If a plaintiff's conduct was in contravention of the law and if this conduct was a factor in producing his or her injury, the plaintiff may well be found guilty of contributory negligence or indeed of being the author of his or her own misfortune. Yet simply because the plaintiff was a wrongdoer does not necessarily mean that the plaintiff can have no remedy at law for harm done to him or her.

Appellant should be allowed to recover compensation on the grounds of public policy. To permit him to recover would not offend or shock the conscience of reasonable right thinking members of the community fully apprised of the facts.

There was little to choose between the negligence of the appellant and that demonstrated by the respondent. Individuals must take responsibility for their actions. It was the appellant who sought permission to drive the vehicle. He must or should have been aware of his impairment. He knew of the powerful nature of the vehicle and the problems involved in roll starting it. He was aware of the dangers presented by the dark inclined gravel road sloping off steeply to the gravel pit on one side. He must accept responsibility for seeking permission to drive the car and for the manner in which he drove it. The liability should be divided equally between the appellant and the respondent.

Per Gonthier J.: For the reasons given by Cory and McLachlin JJ., the appellant, on the facts of this case, had a duty of care and a defence of *ex turpi causa* was not open to him, be it viewed as such or as a matter of public policy. A restricted and more carefully circumscribed application of the defence of *ex turpi causa* must lie in tort cases. Its principle, properly applied, has a valid and important role to play in limited circumstances but it is not appropriate to define exhaustively a priori the circumstances for its application.

Per Sopinka J. (dissenting): The defence of *ex turpi causa* does not apply. The appeal and the action should be dismissed because of the plaintiff's failure to establish that the defendant owed a duty of care to the plain-

La règle *ex turpi causa* ne devrait pas être appliquée sous quelque forme que ce soit. Il ne faudrait pas examiner la question de «l'ordre public» sous la rubrique archaïque de la maxime latine *ex turpi causa* mais en débattre ouvertement et franchement au titre de l'ordre public. En général, les décisions dans lesquelles on a appliqué le moyen de défense *ex turpi causa* ont exigé l'existence d'une conduite illégale conjointe des parties. Si le demandeur a contrevenu à la loi et que sa conduite est un facteur qui a contribué au préjudice, il peut fort bien être tenu responsable de négligence contributive ou considéré comme auteur de son propre malheur. Toutefois, le seul fait que le demandeur soit fautif ne signifie pas nécessairement qu'il doive être privé de tout recours judiciaire à l'égard du préjudice qu'il a subi.

L'appelant devrait obtenir un dédommagement pour des considérations d'ordre public. La décision de lui accorder réparation ne devrait ni offenser ni choquer la conscience des citoyens sensés et raisonnables qui ont pris connaissance de tous les faits de l'espèce.

Il est bien difficile de trancher entre la négligence de l'appelant et celle dont a fait preuve l'intimé. Les personnes doivent assumer la responsabilité de leurs actes. C'est l'appelant qui a demandé la permission de conduire le véhicule. Il devait ou aurait dû être conscient de l'état d'ébriété dans lequel il se trouvait. Il connaissait la puissance de l'automobile et les problèmes inhérents à un démarrage en côte. Il était au courant des dangers que présentait la route de gravier non éclairée donnant abruptement d'un côté sur la carrière de gravier. Il doit accepter la responsabilité qui découle de sa demande de conduire l'automobile et de sa façon de conduire. La responsabilité devrait être partagée également entre l'appelant et l'intimé.

Le juge Gonthier: Pour les motifs exposés par les juges Cory et McLachlin, l'appelant avait, d'après les faits de l'espèce, une obligation de diligence et il ne pouvait pas invoquer le moyen de défense *ex turpi causa*, qu'il soit considéré en tant que tel ou comme élément de l'ordre public. Dans les actions en responsabilité délictuelle, il convient d'appliquer ce moyen de défense de façon restreinte et plus soigneusement circonscrite. Le principe qui le sous-tend a un rôle valable et important à jouer dans des circonstances limitées, cependant il ne convient pas d'établir a priori de façon exhaustive les circonstances justifiant d'y avoir recours.

Le juge Sopinka (dissent): Le moyen de défense *ex turpi causa* ne s'applique pas. Il convient de rejeter le pourvoi et l'action parce que le demandeur n'a pas démontré que le défendeur avait à son égard une obliga-

tiff in the circumstances. The traditional incremental approach to the development of new categories of liability, whereby liability is extended in particular circumstances by analogy to existing categories, did not give rise to a duty of care. The special circumstances calling for the creation of a positive duty of care in *Dunn v. Dominion Atlantic Railway*, *Jordan House Ltd. v. Menow* and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.* were totally absent here. Extending liability would not amount to an incremental extension of liability, but a quantum leap. The approach in *Anns v. Merton London Borough Council* did not give rise to a duty of care either. This approach involves, first, a recognition of a broad *prima facie* duty of care based on foreseeability of harm followed by the application of a second step to determine whether there is a sound policy reason why the duty should be negated or limited. No unifying principle has been developed for the application of the second step.

The doctrines of *ex turpi causa* and *volenti non fit injuria* are examples of limitations on the duty of care which have been supported, at least in part, by reference to the policy not to recognize a duty of care in circumstances in which none could reasonably be expected. *Ex turpi causa*, properly understood, applies to deny recovery where lending the court's assistance to persons involved in serious criminal activity would reflect adversely on the administration of justice. Such is not the case here. *Volenti* applies only if the plaintiff has assumed both the physical and legal risk, but it does not exhaust the operation of the policy not to find a duty of care where none could reasonably be expected. Apart from *ex turpi causa* and *volenti* there is a policy not to recognize a duty of care in circumstances in which the plaintiff cannot have any reasonable expectation of receiving care nor of the defendant's providing it. Criminal conduct can be the basis for negating a duty of care not because it is criminal but because it can be inferred from the conduct itself, apart from its criminal character, that no reasonable expectation of care existed on the part of the person injured. The absence of reasonable expectation can be established on the basis of the rela-

tion de diligence dans les circonstances. Aucune obligation de diligence ne ressort de la position traditionnelle de l'élargissement graduel de nouvelles catégories de responsabilité en vertu de laquelle la responsabilité est élargie dans des cas particuliers par analogie avec les catégories existantes. Les circonstances spéciales qui exigent la création d'une obligation de diligence positive dans les arrêts *Dunn c. Dominion Atlantic Railway*, *Jordan House Ltd. c. Menow*, et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.* sont totalement absentes en l'espèce. Y appliquer la responsabilité n'équivaudrait pas à un élargissement graduel de responsabilité, mais plutôt à un changement radical. L'obligation de diligence ne découle pas non plus de la position adoptée dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*. Cette position comporte, premièrement, la reconnaissance à première vue d'une obligation de diligence générale fondée sur le caractère prévisible du dommage, suivie de l'application d'un second volet visant à déterminer s'il y a une raison de principe valable pour laquelle l'obligation devrait être supprimée ou limitée. Aucun principe d'unification n'a été élaboré pour l'application du second volet.

Les règles *ex turpi causa* et *volenti non fit injuria* sont des exemples des restrictions à l'obligation de diligence qui ont été appuyées, du moins en partie, par renvoi au principe qui consiste à ne pas reconnaître d'obligation de diligence dans les circonstances où on ne peut s'attendre raisonnablement à ce qu'il y en ait. Bien comprise, la règle *ex turpi causa* s'applique pour refuser l'indemnisation lorsque, si la cour aide des personnes impliquées dans une activité criminelle grave, une telle assistance aurait un effet néfaste sur l'administration de la justice. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le moyen de défense *volenti* ne s'applique que si le demandeur a accepté le risque physique et juridique, mais il n'élimine pas l'application du principe selon lequel on ne conclut pas à une obligation de diligence dans les circonstances où il ne pourrait y avoir d'attente raisonnable relativement à une telle obligation. Sauf pour ce qui est des règles *ex turpi causa* et *volenti*, il existe un principe qui consiste à ne pas reconnaître d'obligation de diligence dans les circonstances où le demandeur ne peut raisonnablement s'attendre à bénéficier de diligence ni le défendeur à lui en manifester. Le refus de l'existence d'une obligation de diligence peut être fondé sur une conduite criminelle, non pas parce qu'elle est criminelle, mais parce qu'il est possible de déduire de la conduite elle-même, indépendamment de son caractère criminel, que la personne lésée n'avait aucune attente raisonnable de diligence. L'absence d'attente raisonnable peut être démontrée sur le fondement du rapport entre les parties

tionship of the parties and their conduct in all the circumstances of the case.

The plaintiff, when making the request, could not at the same time have had any expectation that the defendant owed the plaintiff a duty to take care for his safety by refusing the request. This was not a case of the plaintiff's being guilty of contributory negligence in having such an expectation but rather one in which the plaintiff had no such expectation. It was, therefore, not a case for apportionment of liability because no liability arose.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Lane v. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Joubert v. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654; *Rondos v. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690; *Tallow v. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Foster v. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269; *Mack v. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145; *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38; *Burns v. Edman*, [1970] 1 All E.R. 886; *Meadows v. Ferguson*, [1961] V.R. 594; *Lewis v. Brannen*, 65 S.E. 189 (1909); *Harper v. Grasser*, 150 P. 1175 (1915); *McNichols v. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (1953); *Katco v. Briney*, 183 N.W.2d 657 (1971); *Colburn v. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Tomlinson v. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Henwood v. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438.

By Cory J.

Considered: *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412; *Jordan House*

et de leur conduite dans toutes les circonstances de l'affaire.

Le demandeur ne pouvait, quand il a fait la demande, s'attendre en même temps que le défendeur s'acquitte envers lui d'une obligation de diligence à l'égard de sa sécurité en rejetant sa demande. Il ne s'agit pas d'un cas où le demandeur est coupable de négligence contributive parce qu'il avait une telle attente, mais plutôt d'un cas où le demandeur n'avait pas une telle attente. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un cas de partage de la responsabilité parce qu'il n'en existe aucune.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; **arrêts mentionnés:** *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Lane c. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129; *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Joubert c. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654; *Rondos c. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690; *Tallow c. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Foster c. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269; *Mack c. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145; *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38; *Burns c. Edman*, [1970] 1 All E.R. 886; *Meadows c. Ferguson*, [1961] V.R. 594; *Lewis v. Brannen*, 65 S.E. 189 (1909); *Harper c. Grasser*, 150 P. 1175 (1915); *McNichols c. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (1953); *Katco c. Briney*, 183 N.W.2d 657 (1971); *Colburn c. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Tomlinson c. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Henwood c. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438.

Citée par le juge Cory

Arrêt examiné: *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; **arrêts mentionnés:** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412; *Jordan*

Ltd. v. Menow, [1974] S.C.R. 239; *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637; *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339; *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Butterfield v. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Davies v. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38; *Eid v. Dumas*, [1969] S.C.R. 668; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Progress and Properties Ltd. v. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *Lewis v. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591; *Jackson v. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *National Coal Board v. England*, [1954] 1 All E.R. 546; *Tallow v. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Harris v. Toronto Transit Commission*, [1967] S.C.R. 460; *Miller v. Decker*, [1957] S.C.R. 624.

By Gonthier J.

Referred to: *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337.

By Sopinka J. (dissenting)

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Caparo Industries p.l.c. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 S.C.R. 310; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226.

Authors Cited

Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Crago, Neville. H. "The Defence of Illegality in Negligence Actions" (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534.

Davis, Harold S. "The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort" (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505.

House Ltd. c. Menow, [1974] R.C.S. 239; *Hempler c. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637; *Ontario Hospital Services Commission c. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339; *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Davies c. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588; *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38; *Eid c. Dumas*, [1969] R.C.S. 668; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Progress and Properties Ltd. c. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *Lewis c. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591; *Jackson c. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438; *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *National Coal Board c. England*, [1954] 1 All E.R. 546; *Tallow c. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Harris c. Toronto Transit Commission*, [1967] R.C.S. 460; *Miller c. Decker*, [1957] R.C.S. 624.

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Anns c. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Caparo Industries p.l.c. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Dunn c. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 R.C.S. 310; *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

Doctrine citée

Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Crago, Neville. H. «The Defence of Illegality in Negligence Actions» (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534.

Davis, Harold S. «The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort» (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505.

- Debattista, Charles. «Ex Turpi Causa Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out» (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Ford, W. J. «Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law» (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164.
- Fridman, G. H. L. «The Wrongdoing Plaintiff» (1972), 18 *McGill L.J.* 275.
- Gibson, Dale. «Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence» (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 89.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*. Toronto: Carswell, 1991.
- Legrand, Pierre, jr. «La dynamique de l'impunité: autour de la défense d'*ex turpi causa* en *common law* des délits civils» (1991), 36 *McGill L.J.* 609.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- MacDougall, Bruce. «*Ex Turpi Causa*: Should a Defence Arise From a Base Cause?» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1.
- Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St-Paul: West Publishing Co., 1971.
- Salmond, Sir John William. *Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Swanton, Jane P. «Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence» (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304.
- Weinrib, Ernest J. «Illegality as a Tort Defence» (1976), 26 *U.T.L.J.* 28.
- Weinrib, Ernest J. «The Special Morality of Tort Law» (1989), 34 *McGill L.J.* 403.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 12th ed. By M. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Wright, Cecil A. «Introduction to the Law of Torts» (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238.
- Debattista, Charles. «Ex Turpi Causa Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out» (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Ford, W. J. «Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law» (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164.
- Fridman, G. H. L. «The Wrongdoing Plaintiff» (1972), 18 *R.D. McGill* 275.
- Gibson, Dale. «Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence» (1969), 47 *R. du B. can.* 89.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*. Toronto: Carswell, 1991.
- Legrand, Pierre, jr. «La dynamique de l'impunité: autour de la défense d'*ex turpi causa* en *common law* des délits civils» (1991), 36 *R.D. McGill* 609.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988.
- MacDougall, Bruce. «*Ex Turpi Causa*: Should a Defence Arise From a Base Cause?» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1.
- Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St-Paul: West Publishing Co., 1971.
- Salmond, Sir John William. *Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Swanton, Jane P. «Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence» (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304.
- Weinrib, Ernest J. «Illegality as a Tort Defence» (1976), 26 *U.T.L.J.* 28.
- Weinrib, Ernest J. «The Special Morality of Tort Law» (1989), 34 *R.D. McGill* 403.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 12th ed. By M. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Wright, Cecil A. «Introduction to the Law of Torts» (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238.
- APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201, 6 C.C.L.T. (2d) 294, 46 C.P.C. (2d) 192, 28 M.V.R. (2d) 94, allowing an appeal from a judgment of Spencer J. (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 102, with supplementary reasons (1989), 15 A.C.W.S. (3d) 382. Appeal allowed, Sopinka J. dissenting.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201, 6 C.C.L.T. (2d) 294, 46 C.P.C. (2d) 192, 28 M.V.R. (2d) 94, qui a accueilli un appel contre le jugement du juge Spencer (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 102, avec des motifs supplémentaires (1989), 15 A.C.W.S. (3d) 382. Pourvoi accueilli, le juge Sopinka est dissident.

Steven H. Heringa and Robert D. Kirkham, for the appellant.

James S. Carfra, Q.C., and Dean P. J. Lawton, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory. While I agree with much of what he has said, I find myself unable to agree with certain aspects of his reasons from the point of view of theory as well as practice.

This case is one of great importance. The Court is asked to rule on the question of whether and, if so, in what circumstances and under what doctrinal rubric courts may prevent a plaintiff from recovering compensation in tort for loss suffered by the fault of another on the ground that the plaintiff's conduct violated legal or moral rules.

My colleague would "eliminate" the doctrine of *ex turpi causa non oritur actio*: at p. 222. In place of the doctrine he would give the courts a power to reject claims on considerations of public policy. Where the plaintiff's claim arises in the context of negligence, the courts would apply this public policy rationale at the stage of deciding whether a cause of action lies, i.e., in determining whether the plaintiff is owed a duty of care.

My first concern is that, in spite of his explicit statement to the contrary, my colleague does not ultimately make it clear whether he would eliminate the doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* or merely limit its use to those situations where public policy might require. If the substance of the *ex turpi causa* doctrine is continued, albeit under different test, no important change has occurred. My second concern is with the proposal that judges have the power to deny a person the right to recover in tort on the basis that no duty of care was

Steven H. Heringa et Robert D. Kirkham, pour l'appellant.

James S. Carfra, c.r., et Dean P. J. Lawton, a pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory. Si je suis d'accord avec lui sur beaucoup de points, je ne puis partager certains aspects de ses motifs tant du point de vue de la théorie que de celui de la pratique.

La présente affaire revêt une grande importance. Notre Cour est appelée à se prononcer sur la question de savoir si, et le cas échéant, dans quelles circonstances et en vertu de quelle règle, les tribunaux peuvent empêcher un demandeur d'obtenir des dommages-intérêts en matière délictuelle pour un préjudice subi par la faute d'autrui, parce que sa conduite contrevient à des règles légales ou morales.

Selon mon collègue, la règle *ex turpi causa non oritur actio* «devrait être supprimée»: à la p. 222. À cette règle il substituerait le pouvoir judiciaire de rejeter des demandes à la lumière de considérations d'ordre public. Dans le cas d'une demande fondée sur la négligence, les tribunaux appliqueraient ces considérations à l'étape de la détermination de l'existence d'un droit d'action, c.-à-d. au moment d'établir si le demandeur bénéficie d'une obligation de diligence.

Ma première réserve a trait au fait qu'en dernière analyse, même s'il affirme explicitement le contraire, mon collègue ne précise pas clairement s'il supprimerait la règle *ex turpi causa non oritur actio* ou s'il se limiterait à en restreindre l'application aux seules situations où des considérations d'ordre public la rendent nécessaire. Le maintien de la substance de la règle, fût-ce en vertu d'un autre critère, n'apporterait pas de changement important. Ma deuxième réserve naît de la proposition portant que les juges ont le pouvoir de refuser

owed to him or her because of his or her illegal conduct. This latter concern is heightened by the absence of clear guidance as to when judges could exercise this draconian power and upon what grounds. I fear that unless placed upon a firm doctrinal foundation and made subject to clear limits, this general power to invalidate actions on grounds of public policy might prove more problematic than has the troubled doctrine of *ex turpi causa non oritur actio*. We would be trading one label for another without coming to grips with the fundamental problem. Whether we describe the principle under which judges are allowed to deny recovery to a plaintiff by an old-fashioned Latin name or by the currently fashionable concept of "public policy", the underlying problem remains the same: under what circumstances should the immoral or criminal conduct of a plaintiff bar the plaintiff from recovering damages to which he or she would otherwise be entitled.

My own view is that courts should be allowed to bar recovery in tort on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct only in very limited circumstances. The basis of this power, as I see it, lies in duty of the courts to preserve the integrity of the legal system, and is exercisable only where this concern is in issue. This concern is in issue where a damage award in a civil suit would, in effect, allow a person to profit from illegal or wrongful conduct, or would permit an evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law. The idea common to these instances is that the law refuses to give by its right hand what it takes away by its left hand. It follows from this that, as a general rule, the *ex turpi causa* principle will not operate in tort to deny damages for personal injury, since tort suits will generally be based on a claim for compensation, and will not seek damages as profit for illegal or immoral acts. As to the form the power should take, I see little utility and considerable difficulty in saying that the issue must be dealt with as part of the duty of care. Finally, I see no harm in using the traditional label of *ex turpi*

l'indemnisation d'un demandeur en matière délictuelle parce que celui-ci ne bénéficierait pas d'une obligation de diligence du fait de sa conduite illégale. Cette réserve est accentuée par l'absence de ligne directrice établissant clairement quand et pour quels motifs les juges pourraient exercer ce pouvoir draconien. Je crains qu'à défaut d'un fondement doctrinal ferme et d'un encadrement clair, ce pouvoir général de rejeter des actions pour des considérations d'ordre public ne suscite plus de problèmes que la règle controversée *ex turpi causa non oritur actio*. Ce serait échanger une étiquette contre une autre sans pour autant s'attaquer au problème fondamental. Que l'on se serve d'un nom latin démodé ou du concept de l'«ordre public» qui est à la mode aujourd'hui pour décrire le principe en vertu duquel les juges ont le pouvoir de refuser l'indemnisation du demandeur, le problème demeure le même: dans quelles circonstances la conduite immorale ou criminelle du demandeur devrait-elle l'empêcher d'obtenir les dommages-intérêts auxquels il aurait droit par ailleurs?

À mon avis, les tribunaux ne devraient pouvoir empêcher l'indemnisation en matière délictuelle du fait de la conduite immorale ou illégale du demandeur que dans des circonstances très limitées. Selon moi, ce pouvoir est fondé sur le devoir qu'ont les tribunaux de préserver l'intégrité du système juridique, et il ne peut être exercé que lorsque cette préoccupation est en cause. Elle est en cause lorsque l'attribution de dommages-intérêts dans une poursuite civile aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou de faire en sorte qu'elle échappe à une sanction pénale ou qu'elle bénéficie d'une réduction de cette sanction. Le principe commun à tous ces cas est que le droit refuse de donner d'une main ce qu'il retire de l'autre. Il s'ensuit que, en règle générale, le principe *ex turpi causa* ne peut s'appliquer en matière délictuelle pour motiver le refus de faire droit à une demande de dommages-intérêts pour lésions corporelles puisque les actions en responsabilité délictuelle sont généralement fondées sur une demande de dédommagement et qu'elles ne visent pas l'obtention de dommages-intérêts à titre de profit d'actions illégales ou immorales. Quant à la forme que devrait pren-

causa non oritur actio, so long as the conditions that govern its use are made clear.

These conclusions arise from a consideration of the historical uses of the power to deny recovery on the ground of immoral or illegal conduct and the doctrinal considerations which underlie that power. I will first examine what role there is for a power in the courts to deny recovery in tort because of the claimant's immoral or illegal conduct. My conclusion, as indicated, will be that while there is a role, it is limited. After indicating the nature of that limit, I will address the manner in which the limiting rule is best introduced, whether as a defence to an established cause of action, or as an element negating a duty of care.

I. The Historical Use of the Power to Deny Recovery for Immoral or Illegal Conduct

(a) *The Underlying Rational — The Integrity of the Judicial Process*

The power expressed in the maxim *ex turpi causa non oritur actio* finds its roots in the insistence of the courts that the judicial process not be used for abusive, illegal purposes. Thus Professor Gibson, in "Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 89, at p. 89, writes:

Few would quarrel with the proposition that a man who murders his wealthy aunt should not be allowed to receive the proceeds of her life insurance as beneficiary, or that two robbers who disagree over the division of the spoils would not be allowed to settle their dispute in a court of law. It was to deal with flagrant abuses like these that English courts developed the principle expressed in the maxim: *ex turpi causa non oritur actio*

dre ce pouvoir, j'estime peu utile et susceptible d'entraîner de grandes difficultés l'affirmation selon laquelle cette question doit être tranchée dans le cadre de l'obligation de diligence. Enfin, je ne vois aucun mal à utiliser l'étiquette traditionnelle *ex turpi causa non oritur actio*, pourvu que les conditions qui en régissent l'application soient énoncées clairement.

Ces conclusions se fondent sur l'examen du recours traditionnel à ce pouvoir de refuser l'indemnisation en raison d'une conduite immorale ou illégale, et sur les considérations doctrinales qui sous-tendent ce pouvoir. J'examinerai d'abord le rôle que peut jouer un pouvoir judiciaire de refuser l'indemnisation en matière délictuelle en raison de la conduite immorale ou illégale du demandeur. Comme je l'ai déjà indiqué, ma conclusion sera qu'il y a un rôle, mais que celui-ci est limité. Une fois précisée la nature de cette limite, je déterminerai si la meilleure façon d'appliquer cette règle limitative est de l'employer comme moyen de défense à une cause d'action établie ou comme élément permettant de réfuter une obligation de diligence.

I. Le recours traditionnel au pouvoir de refuser l'indemnisation en raison d'une conduite immorale ou illégale

a) *Le motif sous-jacent — L'intégrité du processus judiciaire*

Le pouvoir exprimé par la maxime *ex turpi causa non oritur actio* tire sa source de l'insistance des tribunaux pour que le processus judiciaire ne serve pas à des fins abusives ou illégales. Dans son article intitulé «Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence» (1969), 47 *R. du B. can.* 89, le professeur Gibson écrit, à la p. 89:

[TRADUCTION] Peu de gens trouveraient à redire à la proposition portant que celui qui assassine sa riche tante ne devrait pas pouvoir toucher, comme bénéficiaire, le produit de sa police d'assurance-vie, ou qu'il ne serait pas loisible aux deux voleurs qui ne s'entendent pas sur la répartition de leur butin de saisir un tribunal de leur différend. C'est pour éviter des abus aussi flagrants que les tribunaux anglais ont élaboré le principe énoncé par la

— no right of action arises from a base cause. [Emphasis added.]

maxime: *ex turpi causa non oritur actio* — le droit d'action ne naît pas d'une cause indigne. [Je souligne.]

The use of the doctrine of *ex turpi causa* to prevent abuse and misuse of the judicial process is well established in contract law and insurance law, where it provokes little controversy. The same cannot be said for tort. This is the first occasion that this Court has been invited to pronounce definitively on the proper role of the *ex turpi causa* principle in tort. Looking back on the jurisprudence, the best that can be said is that, as applied in tort, the *ex turpi causa* principle, in both Canada and elsewhere, has had a chequered history. The courts of both Australia and the United Kingdom have denied the availability of the doctrine in the tort context: *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (Aust. H.C.), at p. 414, and *Lane v. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129 (C.A.), at p. 131. However, the present position in these jurisdictions appears to be that the doctrine has a role, although one limited by the court's refusal, on the grounds of policy, to establish a standard of care in respect of certain illegal or immoral activities: *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243 (Aust. H.C.), at pp. 249-50, and *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), at pp. 355-56, 358 and 365. Within Canada, the situation is not significantly different. Appeal courts in Alberta and Manitoba have accepted that the doctrine can be applied in the tort context: *Joubert v. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654 (Man. C.A.), *Rondos v. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690 (Man. C.A.), and *Tallow v. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732 (Alta. C.A.). The Nova Scotia Court of Appeal has disagreed: *Foster v. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269, at p. 281. The British Columbia Court of Appeal has reached inconsistent decisions: *Mack v. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145, and *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1, deny the application of the doctrine in tort; the judgment of the Appeal Court in the case at bar says that doctrine applies, and that earlier judgments to the contrary are incorrect.

^a Le recours à la règle *ex turpi causa* pour empêcher l'abus et le mauvais usage du processus judiciaire est bien établi en droit des contrats et en droit des assurances, où il pose peu de problèmes. ^b On ne peut en dire autant de son application en matière délictuelle. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée pour la première fois à se prononcer définitivement sur le rôle que devrait jouer le principe *ex turpi causa* en matière délictuelle. ^c À l'examen de la jurisprudence, le mieux que l'on puisse dire est que le principe *ex turpi causa* appliqué au droit de la responsabilité délictuelle a connu des hauts et des bas, au Canada comme à l'étranger. Les tribunaux de l'Australie et du Royaume-Uni ont refusé toute application de la règle en matière délictuelle: *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (H.C. Austr.), à la p. 414, et *Lane c. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129 (C.A.), à la p. 131. Toutefois, l'état actuel du droit dans ces pays semble être le suivant: la règle a un rôle à jouer, mais ce rôle est limité par le refus des tribunaux, pour des considérations de principe, d'établir une norme de diligence à l'égard de certains actes illégaux ou immoraux: *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243 (H.C. Austr.), aux pp. 249 et 250, et *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), aux pp. 355, 356, 358 et 365. Au Canada, la situation n'est pas très différente. Les cours d'appel de l'Alberta et du Manitoba ont accepté que la règle s'applique en matière délictuelle: *Joubert c. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654 (C.A. Man.), *Rondos c. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690 (C.A. Man.), et *Tallow c. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732 (C.A. Alb.). La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse n'était pas de cet avis: *Foster c. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269, à la p. 281. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu des décisions incompatibles: *Mack c. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145, et *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1, refusent l'application de la règle en matière délictuelle; l'arrêt rendu par la Cour d'appel en l'espèce affirme que la règle s'applique et que les décisions antérieures portant le contraire ne sont pas fondées. ^j

Academic opinion is generally critical of the maxim's use in tort, particularly where it is used to prevent recovery of compensatory damages for personal injury: see Bruce MacDougall, "Ex Turpi Causa: Should a Defence Arise from a Base Cause?" (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951); D. Gibson, *supra*. Other commentators, while concerned that the courts have applied the doctrine in cases where it is not justified, concede that in some circumstances its application in tort may be appropriate: Ernest J. Weinrib, "Illegality as a Tort Defence" (1976), 26 *U.T.L.J.* 28, G. H. L. Fridman, "The Wrongdoing Plaintiff" (1972), 18 *McGill L.J.* 275.

I propose to examine those cases where it is generally conceded that the doctrine may properly apply, with a view to determining whether a unifying concern or theme, sufficient to support the preservation of the maxim, can be identified.

One situation in which there seems to be a clear role for the doctrine is the case where to allow the plaintiff's tort claim would be to permit the plaintiff to profit from his or her wrong. It is important at the outset to define what is meant by profit. As the cases illustrate, what is meant is profit in the narrow sense of a direct pecuniary reward for an act of wrongdoing. Compensation for something other than wrongdoing, such as for personal injury, would not amount to profit in this sense. An instance is the situation where one wrongdoer claims in tort against another for financial loss arising from a joint illegal venture. Such a situation was considered by this Court in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452. In issue was an alleged tort of the conspiracy to injure. The respondent, maintaining that it was a business competitor of the appellants, argued that its bankruptcy had been caused by the illegal combines activity of the appellants. Writing for the Court, Estey J. found that the tort of conspiracy was not made out. He went on, however, to con-

L'opinion des auteurs est généralement critique quant à l'application de la maxime en matière délictuelle, tout particulièrement lorsqu'elle sert à empêcher l'attribution de dommages-intérêts compensatoires pour lésions corporelles: voir Bruce MacDougall, «Ex Turpi Causa: Should a Defence Arise From a Base Cause?» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951); D. Gibson, *loc. cit.* D'autres commentateurs, qui notent que les tribunaux ont appliqué la règle dans des affaires où cela ne se justifiait pas, concèdent toutefois que dans certaines circonstances, son application en matière délictuelle peut être correcte: Ernest J. Weinrib, «Illegality as a Tort Defence» (1976), 26 *U.T.L.J.* 28, G. H. L. Fridman, «The Wrongdoing Plaintiff» (1972), 18 *R.D. McGill* 275.

Je me propose de passer en revue les cas où il est généralement reconnu que la règle peut s'appliquer, afin de déterminer s'il est possible d'en extraire un motif ou un thème unificateur suffisant pour en appuyer le maintien.

Cette règle semble avoir clairement un rôle à jouer dans le cas où faire droit à la demande en matière délictuelle aurait pour effet de permettre au demandeur ou à la demanderesse de tirer profit de sa faute. Il importe d'entrée de jeu de définir le sens du terme profit. Comme le montre la jurisprudence, il s'agit de profit au sens strict de récompense pécuniaire directe pour un acte fautif. Le dédommagement pour autre chose qu'une faute, par exemple pour des lésions corporelles, ne constituerait pas un profit dans ce sens. On peut penser au cas où l'auteur d'une faute intente une action en responsabilité délictuelle contre son complice à l'égard de la perte financière découlant d'une entreprise illégale conjointe. C'est une situation de ce genre que notre Cour a examinée dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452. L'affaire portait sur un présumé délit civil de complot en vue de nuire. L'intimée, qui affirmait être une concurrente des appelantes, prétendait que sa faillite avait été causée par les activités illégales de coalition des appelantes. Au nom de la Cour, le

sider whether the respondent might be barred from claiming against the appellants on the ground that the respondent had also participated in the illegality in issue. In rejecting this argument, Estey J. held that the damages suffered by the respondent were not linked to the illegality participated in. But he accepted that, had the causal requirement been satisfied and the alleged tort made out, the respondent might have been barred from recovering, on the grounds that recovery would permit it to profit from its illegal act.

The reasoning at work in *Canada Cement LaFarge* is, as Cory J. notes, precisely the same as that underlying the application of the *ex turpi causa* doctrine in contract: the court will not assist a wrongdoer in profiting from an illegal scheme or act. As Estey J. stated at p. 477:

The benefit falling to the respondent was the opportunity to be the sole supplier of lightweight aggregate to the combine. If the damages which have been suffered by the respondent flowed from its involvement in the illegal combine or from the contracts entered into between the respondent and the appellants affording the opportunity to the respondent to participate in the combine, then these doctrines [of *ex turpi causa non oritur actio* and of *in pari delicto potior est conditio possidentis*] prevent the respondent's recovery. [Emphasis added.]

Cory J. suggests that the defence of *volenti non fit injuria* better characterizes the rationale underlying this conclusion. I respectfully disagree. The defence of *volenti* is available only if it can be established that the plaintiff, with knowledge (objectively determined) of the risk, freely accepted it: *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186. It is narrowly applied: *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322, *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38, and *Sundance*, *supra*. Cory J., at p. 213, says *volenti* could always be established in such a case, regardless of the particular circumstances in issue, simply as a matter of judicial inference from the fact of an illegal bargain. I am not so confident. It is not clear

juge Estey a conclu que le délit civil de complot n'avait pas été établi. Il a cependant examiné la question de savoir si l'intimée pouvait être empêchée de poursuivre les appelantes parce qu'elle avait aussi participé au projet illégal en cause. En rejetant cet argument, le juge Estey a dit que les préjudices subis n'étaient pas liés aux activités illégales auxquelles l'intimée avait participé. Selon le juge Estey toutefois, si l'on avait établi l'existence d'un lien de causalité et celle du délit, l'intimée aurait pu être empêchée d'obtenir des dommages-intérêts, parce que l'indemnisation lui aurait permis de tirer profit de son acte illégal.

Comme le note le juge Cory, le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Ciments Canada LaFarge* est précisément le même que celui qui fonde l'application de la règle *ex turpi causa* en matière contractuelle: le tribunal n'aidera pas l'auteur d'une faute à tirer profit d'un procédé ou d'un acte illégal. Comme l'explique le juge Estey, à la p. 477:

À l'intimée revenait l'avantage que constituait la possibilité d'être l'unique fournisseur de granulat léger de la coalition. Si le préjudice subi par l'intimée découle de sa participation à la coalition illégale ou de ses contrats avec les appelantes, en vertu desquels elle pouvait participer à la coalition, alors, suivant les principes susmentionnés [*ex turpi causa non oritur actio* et *in pari delicto potior est conditio possidentis*], l'intimée ne peut réclamer de dommages-intérêts. [Je souligne.]

Le juge Cory laisse entendre que le moyen de défense *volenti non fit injuria* décrit mieux le raisonnement qui sous-tend cette conclusion. Avec égards, je ne puis souscrire à cette proposition. Ce moyen de défense ne peut être invoqué que si l'on peut établir que le demandeur, en toute connaissance du risque (établie objectivement), l'a librement accepté: *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186. Il est appliqué strictement: *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322, *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38, et *Sundance*, précité. Le juge Cory dit, à la p. 213, que le moyen de défense *volenti* pourrait toujours être établi en pareil cas, peu importe les circonstances particulières de l'espèce, par simple

that it can be said of a contract, even one found to be illegal, that one party knowingly accepted the risks of the other party's breach. Moreover, if courts were to find *volenti* on the basis of judicial inference from the fact of an illegal bargain, the result would be a judicial doctrine that whenever an illegal bargain is established, there can be no claim in tort. Whether one describes this result by the maxim of *volenti* or by the maxim of *ex turpi causa* is immaterial. These considerations, coupled with the fact that this Court and others have referred to this as an instance where the *ex turpi causa* rule applies, suggest to me that it is best to continue to do so.

Another example of a case in which the courts would not permit a wrongdoer to use a tort action to profit from the wrongdoing is where one bank robber sues another for fraud or negligent misrepresentation. If the action were brought in contract, it would clearly be defeated on the basis of *ex turpi causa non oritur actio*. The fact that the disgruntled robber chooses to frame his or her action in tort should make no difference.

In some cases the courts may disallow a particular head of damages on the basis that to award that head of damages would be to permit the plaintiff to profit indirectly from his or her crime, in the sense of obtaining remuneration for it. A claim for damages for personal injuries under the head of loss of future earnings, where the claimed earnings are based on an illegal occupation, will not be allowed because it would amount to the court's rewarding the plaintiff for an illegal activity, permitting the plaintiff to profit from his or her wrong. Courts in other jurisdictions have refused to make such awards in cases of claims by a burglar, a bookies' clerk, a vendor of illegal patent medicines, a fisherman using an unlawful net, and an operator of an illegal gambling den: *Burns v. Edman*, [1970]

inférence judiciaire tirée de l'existence d'une entente illégale. Je n'en suis pas si certaine. Il ne me semble pas évident qu'on puisse déduire d'un contrat, même s'il est jugé illégal, qu'une partie a délibérément accepté les risques découlant de l'inexécution par l'autre partie. En outre, si les tribunaux devaient conclure à l'application de la règle *volenti* par inférence judiciaire tirée de l'existence d'une entente illégale, il en résulterait une théorie judiciaire portant que chaque fois qu'une entente illégale est établie, il ne peut y avoir de demande de dommages-intérêts en matière délictuelle. Il importe peu que ce résultat soit décrit par la maxime *volenti* ou par la maxime *ex turpi causa*. Eu égard à ces considérations et au fait que notre Cour et d'autres tribunaux ont jugé qu'il s'agissait d'un cas où la règle *ex turpi causa* s'applique, il me paraît préférable de continuer cette tradition.

La situation du voleur de banque qui poursuit son complice pour fraude ou déclaration inexacte faite par négligence est un autre exemple des cas où les tribunaux ne permettraient pas à l'auteur d'une faute de recourir à une action en responsabilité délictuelle pour tirer profit de la faute. Si une telle action était intentée en matière contractuelle, elle serait clairement rejetée par l'application de la règle *ex turpi causa non oritur actio*. Le fait que le voleur mécontent décide d'intenter une poursuite sous le régime du droit de la responsabilité délictuelle n'y changerait rien.

Dans certains cas, les tribunaux peuvent rejeter certains chefs d'une demande de dommages-intérêts parce qu'en les accueillant, ils permettraient au demandeur de tirer indirectement profit de son crime, en obtenant d'en être rémunéré. Le demandeur qui intente une action en dommages-intérêts pour lésions corporelles sous le chef du manque à gagner qu'il subirait à l'avenir à l'égard d'une occupation illégale sera débouté parce que faire droit à sa demande aurait pour effet de le récompenser pour une activité illégale et de lui permettre de tirer profit de sa faute. Les tribunaux d'autres pays ont refusé d'accorder de tels dommages-intérêts dans des actions où le demandeur était cambrioleur, commis d'un preneur aux livres, vendeur de médicaments brevetés contrefaits, pêcheur utili-

1 All E.R. 886 (Q.B.), *Meadows v. Ferguson*, [1961] V.R. 594 (S.C.), *Lewis v. Brannen*, 65 S.E. 189 (Ga. C.A. 1909), *Harper v. Grasser*, 150 P. 1175 (Wash. S.C. 1915), and *McNichols v. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (Idaho S.C. 1953).

Another example of a case where a particular type of damage may violate the rule against profiting from wrongdoing, this time a little further removed from the contractual situation, is the case of exemplary damages awarded to a wrongdoer. Because such damages are, by definition, not compensatory, their function (apart from punishing the defendant) would be to reward the wrongdoer for his or her crime. As such, they would arguably constitute a case of enabling a wrongdoer to profit from crime. Professor Weinrib, *supra*, at p. 41, refers to the American case of *Katco v. Briney*, 183 N.W.2d 657 (Iowa S.C. 1971), as an instance where such a claim was successful. The plaintiff was injured by a spring-gun as he was attempting to break into a house and steal some objects from it. He sued for battery. The jury awarded him \$10,000 for punitive damages. While the verdict was affirmed, Weinrib doubts that it would be followed in the commonwealth, particularly in view of the decision in the English Court of Appeal which accepted the argument that wrongful conduct (provocation) could reduce exemplary or punitive damages, but not compensatory damages: *Lane v. Holloway*, *supra*. I am persuaded by this argument.

The narrow principle illustrated by the foregoing examples of accepted application of the maxim of *ex turpi causa non oritur actio* in tort, is that a plaintiff will not be allowed to profit from his or her wrongdoing. This explanation, while accurate as far as it goes, may not, however, explain fully why courts have rejected claims in these cases. Indeed, it may have the undesirable effect of tempting judges to focus on the issue of whether

sant un filet interdit par la loi, ou exploitant d'une maison de jeu illégale: *Burns c. Edman*, [1970] 1 All E.R. 886 (Q.B.), *Meadows c. Ferguson*, [1961] V.R. 594 (C.S.), *Lewis c. Brannen*, 65 S.E. 189 (C.A. Ga. 1909), *Harper c. Grasser*, 150 P. 1175 (C.S. Wash. 1915), et *McNichols c. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (C.S. Idaho 1953).

L'attribution de dommages-intérêts exemplaires à l'auteur d'une faute est un autre exemple de cas où un type particulier de dommages-intérêts pourrait contrevenir à la règle portant que l'auteur d'une faute ne peut tirer profit de sa faute, cette fois dans un contexte un peu plus éloigné du domaine contractuel. Puisque, par définition, de tels dommages-intérêts ne sont pas de nature compensatoire, ils auraient comme fonction (en plus de punir le défendeur) de récompenser l'auteur de la faute pour son crime. À ce titre, ils pourraient constituer une occasion pour l'auteur de la faute de tirer profit du crime. Le professeur Weinrib, *loc. cit.*, mentionne à la p. 41 la décision américaine *Katco c. Briney*, 183 N.W.2d 657 (C.S. Iowa 1971) comme exemple d'une affaire où l'on a fait droit à une telle demande. Le demandeur avait été blessé par un piège à fusil alors qu'il tentait de commettre un vol avec effraction. Il a intenté des poursuites pour voies de fait. Le jury lui a accordé 10 000 \$ en dommages-intérêts punitifs. Même si le verdict a été confirmé, Weinrib doute que les tribunaux du commonwealth suivent cette décision, compte tenu surtout de l'arrêt dans lequel la Cour d'appel anglaise a accepté l'argument portant que la conduite fautive (la provocation) pouvait réduire les dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, mais non les dommages-intérêts compensatoires: *Lane c. Holloway*, précité. Cet argument me semble convaincant.

Le principe étroit illustré par ces exemples d'application de la maxime *ex turpi causa non oritur actio* en matière délictuelle est que le demandeur ne peut tirer profit de sa faute. Si exacte qu'elle soit, cette explication ne clarifie peut-être pas entièrement toutefois pourquoi les tribunaux ont rejeté des demandes dans ces cas. À vrai dire, elle peut entraîner l'effet non souhaitable d'inciter les juges à se concentrer sur la question de savoir si le

the plaintiff is “getting something” out of the tort, thus carrying the maxim into the area of compensatory damages where its use has proved so controversial, and has defeated just claims for compensation. A more satisfactory explanation for these cases, I would venture, is that to allow recovery in these cases would be to allow recovery for what is illegal. It would put the courts in the position of saying that the same conduct is both legal, in the sense of being capable of rectification by the court, and illegal. It would, in short, introduce an inconsistency in the law. It is particularly important in this context that we bear in mind that the law must aspire to be a unified institution, the parts of which—contract, tort, the criminal law—must be in essential harmony. For the courts to punish conduct with the one hand while rewarding it with the other, would be to “create an intolerable fissure in the law’s conceptually seamless web”: Weinrib, *supra*, at p. 42. We thus see that the concern, put at its most fundamental, is with the integrity of the legal system.

At this point it may be useful to consider in more depth the distinction between compensatory damages and damages which amount to profit from an illegal act. The foregoing comments indicate that compensatory damages are not properly awarded as compensation for an illegal act, but only as compensation for personal injury. Such damages accomplish nothing more than to put the plaintiff in the position he or she would have been in had the tort not occurred. No part of the award which compensates injury can be said to be the profit of, or the windfall from, an illegal act. It may be that had the plaintiff not committed an illegal act, like driving while impaired as in this case, he or she would never have suffered injury. But the same point could be made in the context of every tort: had the injured party not first done X or Y, he or she would not have been subject to the negligence of the tortfeasor. The question that the law asks is whether an injured party suffered a recognized sort of injury, at the hands of someone who owed this party a duty of care, and who caused

demandeur «retire quelque chose» du délit, ce qui engagerait la maxime dans le domaine des dommages-intérêts compensatoires où son emploi s’est avéré si controversé et a conduit au rejet de demandes de dédommagement justifiées. Selon moi, il existe une façon plus satisfaisante d’expliquer ces affaires, à savoir qu’accorder la réparation demandée serait accorder une réparation pour ce qui est illégal. Cela aurait pour effet de forcer les tribunaux à conclure que la même conduite est à la fois légale, c’est-à-dire susceptible d’être corrigée par un tribunal, et illégale. En somme, cela introduirait une incohérence dans le droit. Il est particulièrement important dans ce contexte de se rappeler que le droit doit viser à constituer un tout unifié, dont les parties—les domaines contractuel, délictuel et pénal—doivent se combiner dans une indispensable harmonie. Si les tribunaux devaient, d’une main, punir la conduite qu’ils approuvent de l’autre, cela équivaldrait à [TRADUCTION] «créer une faille intolérable dans l’unité conceptuelle du droit»: Weinrib, *loc. cit.*, à la p. 42. Nous voyons donc que, dans son aspect le plus fondamental, le souci des tribunaux est de protéger l’intégrité du système juridique.

À ce stade, il peut être utile d’examiner plus en profondeur la distinction entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts qui permettraient à un demandeur de tirer profit d’un acte illégal. Les commentaires précédents montrent que des dommages-intérêts compensatoires ne sont pas accordés à titre de dédommagement pour un acte illégal, mais uniquement à titre de dédommagement pour des lésions corporelles. De tels dommages-intérêts ne font rien d’autre que remettre le demandeur dans la position où il se trouverait si le délit ne s’était pas produit. Aucune partie des dommages-intérêts accordés en dédommagement du préjudice ne peut être considérée comme un avantage ou un profit tiré d’un acte illégal. Le demandeur aurait peut-être pu éviter de subir le préjudice s’il n’avait pas commis un acte illégal, comme la conduite avec facultés affaiblies en l’espèce. Mais il en est de même de tout délit: si la partie lésée n’avait pas fait ceci ou cela, elle n’aurait pas été victime de la négligence de l’auteur du délit. En droit, la question est de savoir si la partie lésée a

reasonably foreseeable damage by falling below the standard of care that the law imposes. The plaintiff's behaviour will be relevant to the extent to which it can be shown, according to the established principles just referred to, that the plaintiff contributed to, or voluntarily accepted, the injury he or she suffered; his or her behaviour will be otherwise irrelevant, unless the plaintiff's claim falls into that narrow group of excluded claims referred to above. None of the foregoing propositions changes the fact that such compensation as a plaintiff properly recovers arises not from the character of his or her conduct, illegal or otherwise, but from the damage caused to him or her by the negligent act of the defendant. He or she gets only the value of, or a substitute for, the injuries he or she has suffered by the fault of another. He or she gets nothing for or by reason of the fact he or she was engaged in illegal conduct.

There may be cases where the principle of *ex turpi causa* should be invoked to prevent tort recovery which do not fall under the category of profit from illegality. Professor Weinrib, *supra*, suggests that the defence of *ex turpi causa* may properly be invoked to prevent the "stultification of the criminal law" or "evasion of the consequences of the criminal law": at pp. 52-53. He gives the example of a burglar who, due to his partner's negligence, is caught and required to pay a fine. Such a person, he suggests, should be barred from recovering damages for the fine from his partner. Weinrib states that this result could be justified either by saying that one criminal owes no duty to another, or by recourse to the maxim *ex turpi causa non oritur actio*. He adds, at p. 51:

However the conclusion is expressed, few would quarrel with it. B has deliberately chosen to violate the criminal law by attempting the burglary, and he has been visited with the consequences of that choice. Conviction and sentencing by a criminal court is the law's

subi un type de préjudice reconnu, de la part de quelqu'un qui avait une obligation de diligence envers elle et qui lui a causé un préjudice raisonnablement prévisible en ne respectant pas la norme de diligence imposée par la loi. Le comportement du demandeur ne sera pertinent que dans la mesure où l'on peut démontrer, selon les principes établis susmentionnés, que le demandeur a contribué ou délibérément acquiescé au préjudice qu'il a subi; autrement, son comportement n'est pas pertinent, à moins que l'action du demandeur ne fasse partie du groupe limité des demandes exclues décrites plus haut. Aucune des propositions susmentionnées ne change quoi que ce soit au fait que le dédommagement obtenu de bon droit par le demandeur découle non du caractère de sa conduite, illégale ou autre, mais plutôt du préjudice qu'il a subi par suite de la négligence du défendeur. Il n'obtient que la valeur, ou l'équivalent, des préjudices qu'il a subis par la faute d'autrui. Il ne retire rien du fait qu'il avait adopté une conduite illégale.

Il peut y avoir des cas où il faudrait invoquer le principe *ex turpi causa* pour empêcher, dans une action en responsabilité délictuelle, une indemnisation n'appartenant pas à la catégorie du profit tiré d'un acte illégal. Selon le professeur Weinrib, *loc. cit.*, le moyen de défense *ex turpi causa* peut justement être invoqué pour empêcher [TRADUCTION] «l'affaiblissement du droit pénal», ou comme [TRADUCTION] «moyen d'échapper aux conséquences du droit pénal»: aux pp. 52 et 53. Il cite l'exemple du cambrioleur qui, pris sur le fait par suite de la négligence de son complice, est condamné à une amende. Selon lui, cette personne devrait être déboutée de toute demande de dommages-intérêts intentée contre son complice au sujet de l'amende. Selon Weinrib, ce résultat pourrait être justifié soit par le principe selon lequel un criminel n'a aucune obligation envers un autre criminel, soit pas le recours à la maxime *ex turpi causa non oritur actio*. Il ajoute, à la p. 51:

[TRADUCTION] Peu importe la façon dont elle est exprimée, peu de gens trouveraient à redire à cette conclusion. B a délibérément choisi de contrevenir au droit pénal en tentant de commettre un cambriolage, et il doit en subir les conséquences. La condamnation et la déter-

method of ascribing to B the responsibility for his action. The assessment of the penalty is largely, though not exclusively, a reaction to the criminal's own process of decision, and it reflects both the blameworthiness of the criminal in choosing to act as he did and the amount of admonishment sufficient to influence him in his future choices. It would make no sense at all if B were able to utilize tort law's mechanism of shifting losses in order to avoid the very consequences which criminal law has imposed upon him for his intentionally culpable conduct. [Emphasis added.]

See also the similar facts which arose for consideration in *Colburn v. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999 (Exch.)

While this example cannot be explained in terms of profit, since the claim is one of compensation for a fine incurred, it does accord with what I have called the more fundamental rationale for the defence of *ex turpi causa*, that based on the need to maintain internal consistency in the law, in the interest of promoting the integrity of the justice system. Again we have a situation where permitting recovery in tort would amount to the law's giving with one hand what it takes away with the other. Again it can be said that to permit the claim would be to create "an intolerable fissure in the law's conceptually seamless web."

There is weighty authority which supports the proposition that the preservation of the integrity of the justice system is the true rationale for the defence of illegality associated with the maxim *ex turpi causa non oritur actio*. My colleague Justice Sopinka put the defence on this basis in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 316:

My colleague refers to the observation of Estey J. that the application of this maxim to defeat a tort action has been rare. Its use has been much less frequent in recent times. The courts have taken a less rigid view of its purpose. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance.

mination de la peine par une cour pénale est le moyen retenu par la loi pour faire assumer à B la responsabilité de ses actes. L'évaluation de la peine est en grande partie, mais non exclusivement, une réaction au processus décisionnel du criminel, et elle reflète à la fois l'aspect répréhensible de la décision du criminel d'agir comme il l'a fait et une dose suffisante de réprimande pour l'influencer dans les choix qu'il fera à l'avenir. Il serait absolument insensé de permettre à B d'utiliser le mécanisme de répartition des pertes du droit de la responsabilité délictuelle pour éviter les conséquences mêmes que lui a infligées le droit pénal pour sa conduite intentionnellement coupable. [Je souligne.]

Voir aussi les faits semblables qui ont été examinés dans l'arrêt *Colburn c. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999 (Éch.)

Si cet exemple ne peut s'expliquer sous l'angle du profit, puisqu'il s'agissait d'une demande de remboursement d'une amende, il s'harmonise avec ce que j'ai appelé le motif plus fondamental qui sous-tend le moyen de défense *ex turpi causa* et qui est fondé sur la nécessité de préserver la cohérence interne du droit afin d'assurer l'intégrité du système de justice. Il s'agit encore une fois d'une situation où l'attribution de dommages-intérêts en matière délictuelle équivaldrait à donner d'une main ce que l'on retire de l'autre. On pourrait encore une fois dire que faire droit à cette demande aurait pour effet de créer [TRADUCTION] «une faille intolérable dans l'unité conceptuelle du droit».

Il existe une importante jurisprudence à l'appui de la proposition voulant que la préservation de l'intégrité du système de justice soit le vrai fondement du moyen de défense de l'illégalité lié à la maxime *ex turpi causa non oritur actio*. Mon collègue le juge Sopinka a ainsi décrit le fondement de ce moyen de défense dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 316:

Mon collègue mentionne les propos du juge Estey selon lesquels il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. Ces derniers temps, son utilisation a été beaucoup moins fréquente. Les tribunaux ont adopté une conception moins rigide de son objet. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre.

Cory J. does not deny the importance of the integrity of the justice system as a rationale for the defence. He does, however, argue at p. 216 that such a rationale may be too broad, since it is difficult to distinguish in many cases between what Ford, *infra*, terms “public and merely judicial outrage”, and he adopts the warnings of Ford that “moral indignation must not be mistaken for public policy”. On the other hand, he points out that tort awards have been properly made in many cases where the plaintiff’s conduct might have offended a judge. It seems to me that the narrow form of the rationale which I have developed, premised on the need to prevent internal inconsistency in the law, does not attract this criticism. It is not the judge’s outrage but a concern for the coherence of the legal system which he or she administers which is operative.

I add a comment on the criteria of “joint criminal activity”, which has sometimes been invoked as a condition of the application of *ex turpi causa* as a defence: see *Tomlinson v. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670, and *Tallow v. Tailfeathers*, *supra*. Other courts have refused to adopt this requirement, arguing against its anomalous and “paradoxical result”: see, for example, the comments of Lambert J.A. in *Betts v. Sanderson Estate*, *supra*, at p. 12. When the *ex turpi causa* rule is understood to be based on the need to maintain the integrity of our system of law, it becomes clear that there is no reason to insist that both the plaintiff and the defendant have been involved in the criminal or immoral activity in order that the *ex turpi causa* maxim operate.

I conclude that there is a need in the law of tort for a principle which permits judges to deny recovery to a plaintiff on the ground that to do so would undermine the integrity of the justice system. The power is a limited one. Its use is justified where allowing the plaintiff’s claim would introduce inconsistency into the fabric of the law, either by

Le juge Cory ne nie pas l’importance que représente l’intégrité du système de justice comme fondement de ce moyen de défense. Il prétend toutefois, à la p. 216, que ce fondement peut être trop large puisqu’il est difficile dans bon nombre de cas d’établir une distinction entre ce que Ford, *infra*, appelle [TRADUCTION] «l’indignation du public et celle de la seule magistrature», et il reprend l’avertissement de Ford selon lequel [TRADUCTION] «il ne faudrait pas confondre indignation morale et ordre public». Il souligne par ailleurs que des dommages-intérêts ont à bon droit été accordés dans nombre d’actions en responsabilité délictuelle où la conduite des demandeurs pouvait paraître répréhensible aux juges. Il me semble que la forme étroite de fondement que j’ai élaborée, qui découle de la nécessité de prévenir l’incohérence interne du droit, n’appelle pas cette critique. Ce n’est pas l’indignation du juge qui entre en jeu, mais plutôt un souci de cohérence dans le système juridique qu’il applique.

J’ajoute un commentaire sur le critère de «l’entreprise criminelle conjointe» qui a parfois été invoqué comme condition de l’application de la maxime *ex turpi causa* à titre de moyen de défense: voir *Tomlinson c. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670, et *Tallow c. Tailfeathers*, précité. D’autres tribunaux ont refusé d’adopter cette exigence, en faisant valoir qu’elle donnait lieu à un [TRADUCTION] «résultat paradoxal» et anormal: voir par exemple les commentaires du juge Lambert dans *Betts c. Sanderson Estate*, précité, à la p. 12. Lorsque la règle *ex turpi causa* est perçue comme fondée sur la nécessité de maintenir l’intégrité de notre système de droit, il devient évident qu’il n’y a pas de raison d’insister pour que le demandeur et le défendeur soient tous deux impliqués dans l’activité criminelle ou immorale pour que la règle s’applique.

Je conclus que le droit de la responsabilité délictuelle doit comprendre un principe qui habilite les juges à débouter le demandeur lorsque l’attribution des dommages-intérêts réclamés nuirait à l’intégrité du système de justice. Il s’agit d’un pouvoir limité dont l’application ne se justifie que lorsque la décision de faire droit à la demande introduirait

permitting the plaintiff to profit from an illegal or wrongful act, or to evade a penalty prescribed by criminal law. Its use is not justified where the plaintiff's claim is merely for compensation for personal injuries sustained as a consequence of the negligence of the defendant. I turn now to the question of the form in which this principle should be cast.

(b) *How the Goal of Protecting the Integrity of the Judicial System is Best Accomplished*

My colleague Cory J. suggests that the defence of *ex turpi causa non oritur actio* should be eliminated. In its place, he suggests that the courts should be granted the power to disallow a plaintiff's claim, on account of the plaintiff's wrongful conduct, by finding that no duty of care arises. This power is to be exercised under the second branch of the test articulated in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, as approved and reformulated in this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. On this view, the plaintiff's illegal or immoral conduct may constitute a policy reason for holding that the defendant owed the plaintiff no duty of care.

A variant of this approach has been adopted in Australia, *Gala v. Preston*, *supra*, and at pp. 251-55, and by the English Court of Appeal, *Pitts v. Hunt*, *supra*, at pp. 355-56, 358. This view holds that no duty should be postulated where it is either impossible or improper for the courts to establish a standard of care to govern the conduct in issue. It is recognized that there is no a priori reason in law why a duty cannot subsist between criminals or wrongdoers. However, some cases raise such "special and exceptional" circumstances that a court cannot, or cannot in good conscience, enquire into the standard of care needed to ground the duty of care in a particular situation. Unlike the view espoused by Cory J., the very possibility of a duty

une incohérence dans le droit, en permettant au demandeur soit de tirer profit d'un acte illégal ou fautif, soit d'échapper à une sanction pénale. Son application ne se justifie pas lorsque le demandeur cherche uniquement à être dédommagé pour des lésions corporelles découlant de la négligence du défendeur. J'aborderai maintenant la question de la forme que devrait revêtir ce principe.

b) *Comment assurer le mieux possible la protection de l'intégrité du système judiciaire*

Mon collègue le juge Cory suggère de supprimer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*. Il propose qu'on lui substitue un pouvoir en vertu duquel les tribunaux pourraient rejeter la demande, en raison de la conduite fautive du demandeur, en concluant à l'inexistence d'une obligation de diligence. Ce pouvoir serait exercé conformément au deuxième volet du critère établi dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, tel qu'il a été approuvé et reformulé par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans cette optique, la conduite illégale ou immorale du demandeur peut constituer une raison de principe permettant de conclure que le défendeur n'avait aucune obligation de diligence à l'égard du demandeur.

Une variante de cette démarche a été adoptée en Australie, dans l'arrêt *Gala c. Preston*, précité, aux pp. 251 à 255, et par la Cour d'appel anglaise, dans l'arrêt *Pitts c. Hunt*, précité, aux pp. 355, 356 et 358. Selon cette position, il n'y aurait pas lieu de reconnaître une obligation lorsqu'il est impossible ou inopportun pour un tribunal d'établir une norme de diligence susceptible de régir la conduite en cause. Il est reconnu qu'il n'existe en droit aucune raison a priori pour empêcher que subsiste une obligation entre des criminels ou des auteurs de fautes. Toutefois, certaines affaires comportent des circonstances à ce point «spéciales et exceptionnelles» que le tribunal est dans l'impossibilité, par souci de bonne conscience ou autrement, d'examiner la norme de diligence nécessaire pour fonder l'obligation de diligence dans un cas particulier. Contrairement à la position adoptée par le juge Cory, la possibilité même que naisse une obliga-

arising is not denied; rather the court declines to enter into the question of whether a duty exists.

With great respect, I am not sure that much is gained by replacing the defence of *ex turpi causa non oritur actio* with a judicial discretion to negate, or to refuse to consider, the duty of care. Shifting the analysis to the issue of duty provides no new insight into the fundamental question of when the courts should be entitled to deny recovery in tort to a plaintiff on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct. Moreover, it introduces a series of new problems. In the end I fear that it would prove more problematic than has the defence of *ex turpi causa non oritur actio*.

I begin by noting that the duty approach, as expressed by Cory J., does not fully capture what we mean when we invoke the principle of *ex turpi causa*. If what I have said above is correct, the *ex turpi causa* principle operates most naturally as a defence because its purpose is to frustrate what would be, had *ex turpi causa* no role, a complete cause of action. Liability for tort arises out of the relationship between the alleged tortfeasor and the injured claimant. The power of the court to deny recovery where it would undermine the coherence of the legal system, on the other hand, represents concerns independent of this relationship. It is important, if only for the purposes of conceptual clarity, that *ex turpi causa* operate, on those rare occasions where its operation is justified, as a defence to frustrate tort claims which could otherwise be fully made out, because this best expresses what is in fact decided. The courts make it clear that the defendant has acted wrongly in negligently causing harm. They also make it clear that responsibility for this wrong is suspended only because

tion de diligence, n'est pas niée; le tribunal refuse plutôt d'aborder la question de l'existence d'une telle obligation.

^a Avec égards, je ne suis pas convaincue que l'on gagne vraiment à remplacer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio* par un pouvoir judiciaire discrétionnaire permettant d'annuler ou de refuser d'établir l'obligation de diligence. ^b Axer l'analyse sur l'obligation n'apporte aucun éclaircissement nouveau sur la question fondamentale de savoir quand les tribunaux devraient être habilités à débouter le demandeur de son action en responsabilité délictuelle en raison de sa conduite immorale ou illégale. ^c Cela entraîne en outre une série de nouveaux problèmes. En dernière analyse, je crains que ce pouvoir suscite plus de problèmes ^d que le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*.

^e Je noterai d'abord que la position fondée sur l'obligation, telle qu'elle est formulée par le juge Cory, n'épuise pas complètement le sens que nous donnons au principe *ex turpi causa* lorsque nous l'invoquons. Si ce que j'ai dit plus haut est juste, le principe *ex turpi causa* s'emploie le plus naturellement ^f comme moyen de défense puisque sa fonction est d'empêcher ce qui, s'il ne jouait aucun rôle, constituerait une cause d'action complète. La responsabilité civile délictuelle découle de la relation entre le prétendu auteur du délit et le demandeur lésé. ^g Par ailleurs, le pouvoir du tribunal de refuser l'indemnisation lorsque celle-ci minerait la cohérence du système juridique constitue un motif indépendant de cette relation. Il est important, ne serait-ce que pour des raisons de clarté conceptuelle, ^h que la règle *ex turpi causa* soit employée, dans les rares cas où son application se justifie, comme moyen de défense permettant de faire échec à des actions en responsabilité délictuelle ⁱ auxquelles il serait autrement fait droit, parce que c'est ce qui exprime le mieux ce qui est décidé en réalité. Les tribunaux expriment clairement que le défendeur a mal agi en causant un préjudice par sa négligence. ^j Ils expriment clairement en outre que la responsabilité de la faute est écartée uniquement parce que le souci de l'intégrité du système juri-

concern for the integrity of the legal system trumps the concern that the defendant be responsible.

Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 (H.L.), the source of our modern law of negligence and of the concept of duty upon which it is founded, requires that a person exercise reasonable care toward all his or her neighbours. It does not say that the duty is owed only to neighbours who have acted morally and legally. Tort, unlike equity which requires that the plaintiff come with clean hands, does not require a plaintiff to have a certain moral character in order to bring an action before the court. The duty of care is owed to all persons who may reasonably be foreseen to be injured by the negligent conduct.

Policy concerns unrelated to the legal rules which govern the relationship between the parties to an action have not generally been considered in determining whether a duty of care lies. This follows from the fact that the justice which tort law seeks to accomplish is justice between the parties to the particular action; the court acts at the instance of the wronged party to rectify the damage caused by a particular defendant: see Ernest J. Weinrib, "The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 *McGill L.J.* 403, at p. 408.

The relationship between plaintiff and defendant which gives rise to their respective entitlement and liability arises from a duty predicated on foreseeable consequences of harm. Since this is the concern, the legality or morality of the plaintiff's conduct is an extrinsic consideration. In the rare cases where concerns for the administration of justice require that the extrinsic consideration of the character of the plaintiff's conduct be considered, it seems to me that this is better done by way of defence than by distorting the notion of the duty of care owed by the defendant to the plaintiff.

It can be argued that the Australian rule avoids these doctrinal problems by recognizing that,

dique a préséance sur la nécessité de faire assumer sa responsabilité au défendeur.

L'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), source de notre droit moderne de la responsabilité délictuelle et du concept d'obligation qui le sous-tend, exige que l'on fasse preuve de diligence raisonnable à l'égard de tous les voisins. Cet arrêt ne dit pas que l'obligation n'est due qu'à l'égard des voisins qui ont agi dans le respect de la morale et de la loi. Contrairement à l'*equity* qui exige que le demandeur ait eu une attitude irréprochable, le droit de la responsabilité délictuelle n'exige pas que le demandeur justifie d'un certain caractère moral pour pouvoir intenter une action en justice. L'obligation de diligence s'applique à l'égard de toutes les personnes raisonnablement susceptibles d'être victimes d'une conduite négligente.

Les considérations de principe n'ayant aucun lien avec les règles juridiques qui régissent la relation entre les parties à une action n'ont généralement pas été examinées pour déterminer l'existence d'une obligation de diligence. Cela s'explique par le fait que la justice que cherche à rendre le droit de la responsabilité délictuelle se limite aux parties à l'instance particulière; le tribunal agit à la demande de la partie lésée afin de corriger le préjudice causé par un défendeur en particulier: voir Ernest J. Weinrib, «The Special Morality of Tort Law» (1989), 34 *R.D. McGill* 403, à la p. 408.

La relation qui existe entre le demandeur et le défendeur et qui entraîne leurs droits et responsabilités respectifs découle d'une obligation fondée sur les conséquences prévisibles d'un préjudice. Puisque c'est ce qui importe, la légalité ou la moralité de la conduite du demandeur est un motif extrinsèque. Dans les rares cas où le souci de l'administration de la justice exige que l'on tienne compte du motif extrinsèque que constitue la conduite du demandeur, il me semble qu'il serait préférable de l'employer comme moyen de défense plutôt que de risquer de fausser la notion de l'obligation de diligence du défendeur à l'endroit du demandeur.

On pourrait prétendre que la règle australienne évite ces problèmes en reconnaissant qu'une obli-

while a duty of care might otherwise lie, it cannot be raised because the parties, by their conduct, have made it impossible or improper to consider the claim. In other words, that a duty could arise from the relationship between the parties is not denied—plaintiff is simply barred from relying on it. Thus the Australian High Court formally avoids conflict with the principle it has articulated in earlier judgments: that no person becomes a *caput lupinum*, or an outlaw, in the eyes of the civil law merely because that person was engaged in some unlawful act: *Henwood v. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438, at p. 466. On analysis, however, this notion that the courts cannot, in certain circumstances, consider whether a duty of care arises has the practical effect of denying a duty which would otherwise arise, and hence, in substance, of violating the very principle against making certain parties outlaws to which the court seeks to adhere.

Beyond this, a more practical objection can be raised: why is it necessary to take the rather novel step of positing judicial “inability” to investigate the appropriate standard of care, instead of using the concept by which the law has traditionally recognized considerations that prevent otherwise valid claims from succeeding, that is, the concept of a defence to the action?

The law of tort recognizes^e many types of defence. Some go to the relationship between the parties; for example, the defence of *volenti non fit injuria*, the plaintiff’s assumption of risk. But others go to matters unrelated to that relationship. Limitation periods, for example, are raised by way of defence. I see no reason to treat *ex turpi causa* differently. Like a lapsed limitation period, it represents a reason why a cause of action, which might otherwise be fully made out, should not succeed.

The debate is not purely academic. There are practical reasons for finding that it is proper to

gation de diligence, même si elle peut exister par ailleurs, ne peut être invoquée parce qu’il est devenu impossible ou inopportun d’examiner la demande du fait de la conduite des parties. En d’autres termes, la règle ne nie pas qu’une obligation puisse naître de la relation entre les parties, mais elle empêche simplement le demandeur de l’invoquer. La High Court d’Australie évite ainsi d’entrer en conflit avec le principe qu’elle a énoncé dans des arrêts antérieurs: nul ne devient *caput lupinum* ou déchu de ses droits au regard du droit civil du seul fait qu’il a commis un acte illégal: *Henwood c. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438, à la p. 466. En dernière analyse toutefois, cette notion selon laquelle les tribunaux ne peuvent, dans certaines circonstances, déterminer l’existence d’une obligation de diligence a pour effet pratique d’écarter une obligation qui existerait par ailleurs et, partant, de déroger en substance au principe même que le tribunal cherche à appliquer, à savoir celui de ne pas prononcer la déchéance de certaines parties.

De plus, sur un plan plus pratique, on peut soulever l’objection suivante: pourquoi faut-il adopter le procédé plutôt nouveau consistant à supposer une «incapacité» judiciaire à examiner la norme de diligence appropriée plutôt que de recourir à la notion par laquelle le droit a traditionnellement reconnu des motifs permettant d’écarter des demandes par ailleurs valides, à savoir la notion d’un moyen de défense à l’action?

Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît nombre de moyens de défense. Certains portent sur la relation entre les parties comme, par exemple, le moyen de défense *volenti non fit injuria*, l’acceptation du risque par le demandeur. D’autres par contre portent sur des questions sans rapport avec cette relation. On peut par exemple soulever des délais de prescription comme moyen de défense. Je ne vois aucune raison pour traiter différemment la maxime *ex turpi causa*. Comme un délai de prescription expiré, elle constitue un motif fondant le rejet d’une cause d’action qui aurait par ailleurs pu être établie.

Le débat n’est pas purement théorique. Il est des raisons pratiques qui portent à conclure que le

view *ex turpi causa* as a defence. I mention three. If the *ex turpi causa* principle arises in the course of the investigation into whether there exists a duty of care, the onus will lie on the plaintiff to show why he or she should not be disentitled by way of his or her conduct. It is well established that the plaintiff bears the onus of establishing a valid cause of action; if not, the plaintiff faces non-suit. Thus a plaintiff whose conduct is alleged to be immoral or illegal might be bound to disprove the illegality or immorality in order to proceed with his or her action and avoid non-suit. On the other hand, if the matter is left as a defence, the onus rests on the defendant. As I have indicated, the power to preclude recovery on the basis of the plaintiff's immoral or illegal conduct is an exceptional power, operating in derogation of the general principles of tort applicable to all persons in our society. As such, it seems to me appropriate that the onus of establishing the exceptional circumstances should rest with the defendant. The plaintiff should not be required to disprove the existence and relevance of his or her illegal or immoral conduct; rather it should be for the defendant to establish it.

Second, the duty of care approach is an all or nothing approach, and cannot be applied selectively to discreet heads of damages. As discussed above, cases may arise in which a particular damage claim, e.g. for exemplary damages, or for damages for loss of future earnings, might be seen as a claim to profit from an illegal act. Another damage claim in the same action, e.g., one for compensation for personal injuries, could not be so regarded. If the *ex turpi causa* principle operates as a defence it is possible to distinguish between such claims. If it operates as a factor negating a duty of care, on the other hand, it is not possible to treat an

principe *ex turpi causa* devrait servir de moyen de défense. J'en mentionnerai trois. Si le principe *ex turpi causa* intervient à l'étape de l'examen visant à établir l'existence d'une obligation de diligence, c'est au demandeur qu'il incombe de démontrer pourquoi il ne devrait pas être privé de son droit en raison de sa conduite. Il est reconnu que le demandeur a le fardeau d'établir qu'il a une cause d'action valide; s'il ne le fait pas, il s'expose à être déclaré irrecevable dans sa demande. Par conséquent, le demandeur dont la conduite serait censément immorale ou illégale pourrait être tenu de réfuter l'illégalité ou l'immoralité de sa conduite afin de maintenir son action et d'éviter un non-lieu. Par contre, si le principe sert de moyen de défense, c'est au défendeur qu'incombe le fardeau de la preuve. Comme je l'ai mentionné, le pouvoir de refuser toute indemnisation du seul fait de la conduite immorale ou illégale du demandeur est un pouvoir exceptionnel qui s'exerce par dérogation aux principes généraux du droit de la responsabilité délictuelle applicables à tous les membres de notre société. De ce fait, il me semble que le fardeau d'établir les circonstances exceptionnelles devrait incomber au défendeur. Le demandeur ne devrait pas être tenu de réfuter l'existence et la pertinence de sa conduite illégale ou immorale; c'est plutôt au défendeur que devrait revenir la tâche de l'établir.

En deuxième lieu, la position fondée sur l'obligation de diligence est sans nuance et ne peut s'appliquer sélectivement à des chefs particuliers de dommages-intérêts. Comme nous l'avons vu plus haut, il peut arriver qu'un chef de demande particulier, visant par exemple des dommages-intérêts exemplaires ou des dommages-intérêts pour futur manque à gagner, soit perçu comme une tentative pour tirer profit d'un acte illégal. Un autre chef de demande dans la même action, visant par exemple un dédommagement pour lésions corporelles, ne pourrait pas être jugé de la même manière. Si le principe *ex turpi causa* sert de moyen de défense, il est possible d'établir une distinction entre les deux chefs de demande. Par contre, s'il sert de facteur permettant de réfuter une obligation de diligence, il est impossible de traiter sélectivement les

action in the selective manner that justice seems to require.

Finally, consideration of illegal or immoral conduct at the stage of determining the duty of care raises procedural problems. A plaintiff may sue in both tort and contract. If the approach suggested by Cory J. is adopted, in the contract claim, the plaintiff's illegal or immoral conduct would be raised as a defence to the claim; in the tort claim, the same conduct would be an element of the enquiry into the duty of care. In other words, in contract the onus would be on the defendant to prove the relevance of the plaintiff's conduct; in tort, the onus would be on the plaintiff to disprove the relevance of the conduct. The resulting confusion would unnecessarily complicate the task of the trial judge and the parties.

These considerations lead me to conclude that the important but limited power of the court to prevent tort recovery on the ground of the plaintiff's illegal or immoral conduct is better viewed as a defence than as a factor going to the existence of a duty of care.

II. Application to these Facts

The doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* properly applies in tort where it will be necessary to invoke the doctrine in order to maintain the internal consistency of the law. Most commonly, this concern will arise where a given plaintiff genuinely seeks to profit from his or her illegal conduct, or where the claimed compensation would amount to an evasion of a criminal sanction. This appellant need not be denied recovery since these grounds are not relevant to his claim. The compensation sought by this appellant is for injuries received. This compensation can be reduced to the extent of the appellant's contributory negligence,

divers chefs de demande comme semble l'exiger la justice.

Enfin, la prise en considération de la conduite illégale ou immorale à l'étape de l'établissement d'une obligation de diligence soulève des problèmes de procédure. Un demandeur peut poursuivre à la fois en matière délictuelle et en matière contractuelle. Si la démarche suggérée par le juge Cory était adoptée, la conduite illégale ou immorale du demandeur pourrait être soulevée comme moyen de défense dans l'action en matière contractuelle; dans l'action en responsabilité délictuelle, cette même conduite serait un élément à prendre en considération pour établir l'existence d'une obligation de diligence. En d'autres termes, en matière contractuelle, il incomberait au défendeur de prouver la pertinence de la conduite du demandeur; en matière délictuelle, c'est au demandeur qu'incomberait le fardeau de réfuter la pertinence de sa conduite. La confusion qui en résulterait compliquerait inutilement la tâche du juge du procès et des parties.

Ces considérations me portent à conclure que le pouvoir important mais limité des tribunaux d'empêcher toute indemnisation, dans une action délictuelle, du fait de la conduite illégale ou immorale du demandeur convient mieux comme moyen de défense que comme facteur servant à établir l'existence d'une obligation de diligence.

II. Application aux faits de l'espèce

La règle *ex turpi causa non oritur actio* s'applique à bon droit en matière délictuelle lorsque son emploi est nécessaire pour préserver la cohérence interne du droit. Ce problème se pose habituellement lorsqu'un demandeur cherche vraiment à tirer profit de sa conduite illégale, ou lorsque le dédommagement demandé constituerait un moyen d'échapper à une sanction pénale. Il n'y a pas lieu de refuser la réparation demandée par l'appelant puisque ces motifs ne s'appliquent pas en l'espèce. L'appelant demande un dédommagement pour les blessures qu'il a subies. Ce dédommagement peut être réduit dans la mesure de sa négligence contri-

but cannot be wholly denied by reason of his disreputable or criminal conduct.

III. Disposition

I share the views of my colleague Cory J. on the issue of the appellant's contributory negligence, and the apportionment of liability. I would dispose of the case as he proposes.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons prepared by my colleagues Justices Cory and McLachlin, and while I agree that the defence of *ex turpi causa* does not apply, in my opinion, the appeal and the action should be dismissed on the ground that the plaintiff failed to establish that the defendant owed a duty to the plaintiff to take care in the circumstances.

There are two approaches to the development of new categories of liability in the law of negligence. There is the more traditional approach under which new categories are created incrementally by extending liability in a particular case by analogy to existing categories. The other approach, which was enunciated by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, involves two steps. The first step recognizes a broad *prima facie* duty of care based on foreseeability of harm. This is followed by the application of a second step to determine whether there is a sound policy reason why the duty should be negated or limited. The traditional approach was reasserted by Brennan J. in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, and adopted by the House of Lords in *Caparo Industries p.l.c. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, at p. 574:

We must now, I think, recognise the wisdom of the words of Brennan J in the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v Heyman* . . . at 43-44, where he said:

butive, mais il ne peut lui être complètement refusé du seul fait de sa conduite déshonorante ou criminelle.

a III. Dispositif

Je partage le point de vue de mon collègue le juge Cory sur la question de la négligence contributive de l'appelant et sur le partage de la responsabilité. Je suis d'avis de trancher le litige comme il le propose.

Version française des motifs rendus par

c LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues les juges Cory et McLachlin et, bien que je convienne que le moyen de défense *ex turpi causa* ne s'applique pas, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et l'action sur le fondement que le demandeur n'a pas démontré que le défendeur avait à son égard une obligation de diligence dans les circonstances.

e Il existe deux positions relativement à la naissance de nouvelles catégories de responsabilité en droit relatif à la négligence. Il y a d'abord la position plus traditionnelle selon laquelle des nouvelles catégories sont créées graduellement par l'élargissement de la responsabilité dans un cas particulier par analogie avec les catégories existantes. L'autre position, qui a été formulée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, comporte deux volets. Selon le premier, il existe à première vue une obligation de diligence générale fondée sur le caractère prévisible du dommage. Suit l'application d'un second volet visant à déterminer s'il y a une raison de principe valable pour laquelle l'obligation devrait être supprimée ou limitée. La position traditionnelle a été affirmée de nouveau par le juge Brennan dans l'arrêt *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, et adoptée par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Caparo Industries p.l.c. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, à la p. 574:

[TRADUCTION] À mon avis, nous devons maintenant reconnaître la sagesse des commentaires du juge Brennan de la High Court d'Australie dans l'arrêt *Sutherland Shire Council c. Heyman* [. . .], aux pages 43 et 44:

'It is preferable in my view, that the law should develop novel categories of negligence incrementally and by analogy with established categories, rather than by a massive extension of a prima facie duty of care restrained only by indefinable "considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed".'

This approach was further re-affirmed by the House of Lords in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, at p. 461.

Our Court has relied on both approaches. The *Anns* approach has been applied in dealing with the liability of public authorities while the traditional approach has been favoured when dealing with new categories of liability relating to private litigants. Accordingly, *Anns* was applied in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, and in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, but the traditional approach was followed in *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239, and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186.

In my opinion, on either approach no duty of care rested on the defendant in this case. I will examine this question, first on the basis of the traditional approach and then on the basis of the *Anns* approach.

The application of the traditional approach involves an examination of the principles in *Jordan House* and *Sundance* in order to determine whether they can be extended to find liability in this case. In those cases as well as this liability was sought to be based on a failure to act as opposed to active conduct. In other words, it was alleged that the defendant failed to do something for the care and safety of the plaintiff which the defendant ought to have done. In these circumstances the common law required special circumstances which created a duty to act. The good Samaritan deserves

À mon sens, il est préférable que les tribunaux élaborent graduellement de nouvelles catégories de négligence par analogie aux catégories établies, plutôt que d'élargir considérablement la portée d'une obligation prima facie de diligence dont les limites ne seraient établies qu'au moyen d'indéfinissables «facteurs susceptibles de supprimer l'obligation ou d'en réduire la portée ou de restreindre la catégorie de personnes qui en seraient les créancières».

Cette position a été de nouveau affirmée par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, à la p. 461.

Notre Cour s'est fondée sur les deux positions. La position adoptée dans l'arrêt *Anns* a été appliquée pour traiter de la responsabilité de l'administration publique alors que la position traditionnelle a été préférée pour traiter de nouvelles catégories de responsabilité relative aux particuliers. Par conséquent, l'arrêt *Anns* a été appliqué dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, et dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, mais la position traditionnelle a été suivie dans les arrêts *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239 et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186.

À mon avis, suivant l'une ou l'autre position le défendeur n'avait, en l'espèce, aucune obligation de diligence. J'examinerai cette question, d'abord sur le fondement de la position traditionnelle et ensuite sur le fondement de la position adoptée dans l'arrêt *Anns*.

L'application de la position traditionnelle comporte un examen des principes énoncés dans les arrêts *Jordan House* et *Sundance* pour déterminer s'ils peuvent être élargis de manière à conclure à la responsabilité en l'espèce. Dans ces affaires comme dans la présente, on a cherché à déterminer si la responsabilité était fondée sur le défaut d'agir par opposition à une conduite active. En d'autres termes, il a été allégué que le défendeur avait omis de veiller à la sécurité du demandeur alors qu'il aurait dû le faire. Dans les circonstances, la common law exigeait des circonstances spéciales qui

the world's accolades because he had no legal duty to act and would not have been civilly liable if he, too, had crossed over to the other side as did the Levite and the priest.

In *Jordan House*, the Court considered the liability of the owner of a public hotel whose employees ejected a patron to whom they had served large quantities of beer before turning him loose onto a busy highway knowing that he was incapable of taking care for his own safety. Laskin J., as he then was, who wrote the judgment for the majority (Ritchie J., Judson J. concurring, wrote a separate judgment agreeing in the result) stated, at pp. 247-48:

If the hotel's only involvement was the supplying of the beer consumed by Menow, it would be difficult to support the imposition of common law liability upon it for injuries suffered by Menow after being shown the door of the hotel and after leaving the hotel.

The special circumstances creating the duty were the existence of an invitor-invitee relationship and the degree of control exercised by the defendant. At page 248, Laskin J. continued:

The hotel, however, was not in the position of persons in general who see an intoxicated person who appears to be unable to control his steps. It was in an invitor-invitee relationship with Menow as one of its patrons, and it was aware, through its employees, of his intoxicated condition, a condition which, on the findings of the trial judge, it fed in violation of applicable liquor licence and liquor control legislation.

Laskin J. found that imposing liability was analogous to the finding of liability in *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 S.C.R. 310, a case in which a railway company was found to have breached a duty of care to a passenger when it put him off the train at an unlighted station due to his unruly and drunken behaviour.

créaient une obligation d'agir. Le bon Samaritain mérite l'estime de tous parce que la loi ne l'obligeait pas à agir comme il l'a fait et il n'aurait pas été tenu civilement responsable s'il s'était détourné comme l'ont fait le lévite et le prêtre.

Dans l'arrêt *Jordan House*, la Cour a examiné la responsabilité du propriétaire d'un hôtel dont les employés ont expulsé un client à qui ils avaient servi beaucoup de bière avant de le laisser sur une route très fréquentée tout en sachant qu'il n'était pas en mesure d'assurer sa propre sécurité. Le juge Laskin, plus tard Juge en chef, qui a rédigé l'arrêt au nom de la majorité (avec l'appui des juges Ritchie et Judson qui ont rédigé des motifs distincts concordant quant au résultat) a dit, aux pp. 247 et 248:

Si la seule participation de l'hôtel avait consisté à fournir la bière consommée par Menow, il serait difficile de lui imputer une responsabilité en common law pour les blessures subies par Menow après qu'on l'eut mis à la porte de l'hôtel.

Les circonstances spéciales qui ont créé l'obligation étaient l'existence de rapports d'invitant à invité et le degré de contrôle exercé par le défendeur. À la p. 248, le juge Laskin a poursuivi:

L'hôtel, cependant, n'était pas dans la situation d'une personne quelconque en présence d'un homme en état d'ébriété qui semble incapable de se diriger où il veut. Ses rapports avec Menow, qui était un de ses clients, étaient des rapports de personne invitante à personne invitée et, par ses employés, il était au courant de l'état d'ébriété de Menow, état que, d'après les conclusions du juge de première instance, il a aggravé en contravention des lois applicables sur les permis de vente d'alcool et sur la régie des alcools.

Le juge Laskin a conclu que l'imputation d'une responsabilité était analogue à la conclusion de responsabilité dans l'arrêt *Dunn c. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 R.C.S. 310, où il a été jugé qu'une société ferroviaire avait manqué à une obligation de diligence à l'égard d'un passager lorsqu'elle l'a fait descendre à une gare non éclairée en raison de son comportement indiscipliné et de son état d'ébriété.

In *Sundance*, Wilson J. found it a logical and inevitable extension of *Dunn* and *Jordan House* to saddle a ski operator with liability when a drunken patron was permitted to engage in a risky sport carried on at the ski resort by the defendant operator. At page 1198, she states:

The jurisprudence in this area seems to me to make this conclusion inevitable. When a railway company removes a drunken passenger from one of its trains it owes a duty of care to this passenger to take reasonable steps to see that the passenger does not come to harm (*Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co. . .*). Likewise, when a hotel ejects a drunken patron, it owes a duty of care to the patron to take certain steps to ensure that the patron arrives home safely (*Jordan House*). It would seem a fortiori that when a ski resort established a competition in a highly dangerous sport and runs the competition for profit, it owes a duty of care towards visibly intoxicated participants.

I do not find that liability in this case is either analogous nor a logical extension of those cases. In each of the above the defendant derived a commercial advantage from the presence of the plaintiff on its premises. In *Jordan House* and *Sundance*, there was an invitor-invitee relationship. In *Dunn*, the relationship was that of a common carrier to a passenger. In each of these relationships there was a positive duty to take reasonable measures for the safety of persons who were invited to use the premises or facilities. When, as a result of an excessive use of some of the facilities, the patron becomes an undesirable invitee, it would seem to follow as a logical extension of that duty that the owner cannot simply eject the invitee especially when the latter has become more vulnerable to injury as a result of the commercial use of the owner's facilities. In the case of *Sundance*, it was the dangerous activity on the owner's premises which injured the plaintiff who had become unfit to participate by excessive drinking.

Dans l'arrêt *Sundance*, le juge Wilson a conclu que c'était un prolongement logique et inévitable des arrêts *Dunn* et *Jordan House* que d'imputer la responsabilité à l'exploitante d'un centre de ski qui a permis à un client en état d'ébriété de pratiquer un sport dangereux dans le centre de ski qu'elle exploitait. À la p. 1198, elle a dit:

La jurisprudence dans ce domaine me semble rendre cette conclusion inévitable. Lorsqu'une compagnie de chemin de fer expulse un passager en état d'ébriété de l'un de ses trains, elle a envers ce passager une obligation de diligence qui la force à prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce qu'il ne subisse aucun préjudice (*Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co. [. . .]*). De même, lorsqu'un hôtel expulse un client en état d'ébriété, il a envers le client une obligation de diligence qui lui impose de prendre certaines mesures pour s'assurer que ce dernier rentre chez lui en toute sécurité (*Jordan House*). Il semblerait a fortiori que lorsqu'un centre de ski organise une compétition sportive très dangereuse pour en tirer profit, il a une obligation de diligence envers les participants manifestement en état d'ébriété.

Je suis d'avis que la responsabilité en l'espèce n'est pas semblable à celle qui existait dans ces arrêts et n'en constitue pas un prolongement logique. Dans chacun des arrêts précédents, le défendeur a tiré un avantage commercial de la présence du demandeur sur le site de son exploitation. Dans les arrêts *Jordan House* et *Sundance*, il s'agissait de rapports d'invitant à invité. Dans l'arrêt *Dunn*, le rapport était celui d'un transporteur à l'égard d'un passager. Dans chacun de ces rapports, il y avait une obligation positive de prendre les mesures raisonnables pour assurer la sécurité des personnes qui ont été invitées à utiliser les installations ou à se trouver sur les lieux. Lorsque, par suite d'une utilisation excessive de certaines installations, le client devient un invité indésirable, il découlerait logiquement de cette obligation que le propriétaire ne peut pas simplement expulser l'invité, particulièrement lorsque ce dernier est devenu plus vulnérable aux blessures par suite de l'utilisation commerciale de ses installations. Dans l'arrêt *Sundance*, le demandeur a subi des blessures qui résultaient de l'activité dangereuse qu'il a pratiquée au centre de ski du propriétaire alors qu'il n'était pas en mesure d'y prendre part en raison d'une consommation excessive d'alcool.

The situation here is quite different. No relationship of invitor-invitee nor anything similar existed. The defendant derived no commercial advantage from the activities of the plaintiff. Both were equally intoxicated and neither could be said to be more in control of the situation than the other. In my view, the special circumstances which called for the creation of a positive duty of care in the cases which I have reviewed are totally absent here. To extend liability would not amount to the incremental extension of liability but rather a quantum leap.

I arrive at the same conclusion employing the two-step *Anns* approach. It was formulated by Lord Wilberforce at pp. 751-52:

Through the trilogy of cases in this House—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd v. Home Office* [1970] A.C. 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty of the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise: see *Dorset Yacht* case [1970] A.C. 1004, per Lord Reid at p. 1027.

The second step is necessitated by the fact that if foreseeability itself were sufficient to ground liability, the net would be cast too wide. In the failure to act cases, for example, liability would attach when there is no duty to act. Accordingly, if the defendant saw a stranger about to walk off a cliff

La situation en l'espèce est tout à fait différente. Il n'y avait pas de rapports d'invitant à invité ni rien de semblable. Le défendeur n'a tiré aucun avantage commercial des activités du demandeur. Ils étaient tous les deux en état d'ébriété et aucun n'avait plus le contrôle de la situation que l'autre. À mon avis, les circonstances spéciales qui exigeaient la création d'une obligation de diligence positive dans les arrêts que j'ai examinés sont totalement absentes en l'espèce. Y appliquer la responsabilité n'équivaudrait pas à un élargissement graduel de responsabilité, mais plutôt à un changement radical.

J'arrive à la même conclusion en utilisant la position à deux volets établie dans l'arrêt *Anns*. Elle a été formulée par lord Wilberforce aux pp. 751 et 752:

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente cour—*Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004, ont établi le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation: voir l'affaire *Dorset Yacht*, [1970] A.C. 1004, lord Reid à la p. 1027.

Le second volet est rendu nécessaire par le fait que si la prévisibilité elle-même était suffisante pour établir la responsabilité, la portée d'un tel critère serait trop grande. Par exemple dans les cas relatifs au défaut d'agir, il y aurait responsabilité quand il n'y a pas obligation d'agir. Par consé-

of which the former was aware but which was unknown to the stranger, there would be liability for failure to warn. This is but one example in which no liability exists notwithstanding foreseeability of harm. No unifying principle has been developed for the application of the second step. Moreover, in view of its purpose as a policy limitation on the broad reach of the *prima facie* duty of care created by the first step, it may be neither possible nor desirable to attempt to reduce this step to one unifying principle.

Some principles have, however, been developed which constitute limitations on the duty of care. The *ex turpi causa* and *volenti non fit injuria* doctrines are examples. Both have been supported, at least in part, by reference to the policy that in the circumstances calling for their application, the plaintiff would have no reasonable expectation that the defendant would have an obligation to exercise care for the plaintiff's safety.

The policy of reasonable expectation has been applied as a factor in the broad application of the *ex turpi causa* principle. For example, in *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243, the High Court of Australia dealt with a claim for damages for personal injuries by one of two young persons involved in a serious accident while joy-riding in a stolen car. The majority summed up the rationale for the application of *ex turpi causa* in the following passage, at p. 254:

In the special and exceptional circumstances that prevailed, the participants could not have had any reasonable basis for expecting that a driver of the vehicle would drive it according to ordinary standards of competence and care.

While the conduct of the parties is relevant in assessing the reasonable expectation of the parties, the fact that the conduct is punishable as a criminal offence bears little or no relation to these expectations. In my opinion, reasonable expectation is not

quent, le défendeur qui voit un étranger sur le point de tomber d'une falaise dont il connaît l'existence, mais dont l'étranger n'est pas au courant, serait tenu responsable pour avoir omis de donner un avertissement. Il ne s'agit que d'un exemple dans lequel il n'y a pas de responsabilité malgré la prévisibilité du préjudice. Aucun principe d'unification n'a été élaboré pour l'application du second volet. Qui plus est, compte tenu de son but de restriction de principe imposée à la grande portée de la présomption d'obligation de diligence créée par le premier volet, il peut être ni possible ni souhaitable de tenter de réduire ce volet à un seul principe d'unification.

Toutefois, certains principes ont été élaborés qui constituent des restrictions à l'obligation de diligence. Les règles *ex turpi causa* et *volenti non fit injuria* en sont des exemples. Elles ont toutes les deux été appuyées, du moins en partie, par renvoi au principe selon lequel dans les circonstances qui exigent leur application, le demandeur ne pourrait pas raisonnablement s'attendre à ce que le défendeur ait une obligation de diligence à l'égard de sa sécurité.

La politique de l'attente raisonnable a été appliquée à titre de facteur dans l'application générale du principe *ex turpi causa*. Par exemple, dans l'arrêt *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243, la High Court d'Australie a traité d'une demande de dommages-intérêts résultant de lésions corporelles subies par un des deux jeunes gens impliqués dans un grave accident lors d'une balade dans une voiture volée. La cour, à la majorité, a résumé le raisonnement à l'appui de l'application du principe *ex turpi causa* dans le passage suivant, à la p. 254:

[TRADUCTION] Dans les circonstances spéciales et exceptionnelles en cause, les participants ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre à ce que le conducteur du véhicule conduise selon les normes habituelles de compétence et de diligence.

Bien que la conduite des parties soit pertinente pour évaluer leur attente raisonnable, le fait que la conduite soit punissable en tant qu'infraction criminelle n'a peu ou pas de rapport avec ces attentes. À mon avis, l'attente raisonnable n'est

the proper basis for denying recovery by reason of participating in criminal conduct. The true basis for denying recovery in such circumstances is the court's reluctance to lend its assistance to persons involved in serious criminal activity when to do so would reflect adversely on the administration of justice. This explanation of *ex turpi causa* was adopted by me in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, as pointed out in the reasons of Justice Gonthier herein. I would apply the same reasoning in this case and on that basis conclude that the administration of justice would suffer no disrepute in the eyes of the public if the Court lends its assistance to the appellant.

Although the absence of reasonable expectations is not the appropriate foundation for the application of the principles of *ex turpi causa*, this factor is otherwise a material policy consideration relating to the existence of a duty of care. Apart from the influence of this factor in leading some courts to extend the reach of *ex turpi causa*, it lies at the root of the defence of *volenti non fit injuria*.

The *volenti* defence is another example of the application of policy to negate a duty of care which would otherwise arise. It has been seriously circumscribed by reason of statutory apportionment provisions. It now only applies if the plaintiff has expressly or impliedly assumed both the physical and the legal risk. See *Sundance, supra*, at p. 1202. Where this occurs it is obvious that the plaintiff cannot have any expectation of any duty of care on the part of the defendant which can form the basis of an action. This does not, however, exhaust the operation of the policy not to find a duty of care in circumstances in which neither party would have any reasonable expectation of it. There will be other circumstances in which the policy will and should be applied. This does not mean that the limitations placed on the *volenti* defence are being eroded by reintroducing liability through the back door. A passenger who consents to be driven by an obviously intoxicated driver can still have a reasonable expectation of care on the

pas le fondement approprié pour refuser une indemnisation en raison de la participation à une conduite criminelle. Le véritable fondement pour refuser l'indemnisation dans de telles circonstances est l'hésitation de la cour à aider les personnes impliquées dans une activité criminelle grave lorsqu'une telle assistance aurait un effet néfaste sur l'administration de la justice. J'ai adopté cette explication de la règle *ex turpi causa* dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, comme le souligne le juge Gonthier dans ses motifs. Je suis d'avis d'appliquer le même raisonnement en l'espèce et, sur ce fondement, de conclure que l'administration de la justice ne serait pas déconsidérée aux yeux du public si notre Cour prêtait assistance à l'appellant.

Même si l'absence d'attente raisonnable n'est pas le fondement approprié pour l'application du principe *ex turpi causa*, ce facteur est, par ailleurs, une considération de principe importante qui se rapporte à l'existence d'une obligation de diligence. Ce facteur, outre son influence qui a amené certains tribunaux à étendre la portée de la règle *ex turpi causa*, constitue le fondement du moyen de défense *volenti non fit injuria*.

Le moyen de défense *volenti* est un autre exemple d'une application de principe pour nier l'existence d'une obligation de diligence qui, normalement, s'appliquerait. Il a été sérieusement limité par des dispositions législatives en matière de partage de la responsabilité. Il ne s'applique maintenant que si le demandeur a, expressément ou implicitement, accepté le risque physique et juridique. Voir l'arrêt *Sundance*, précité, à la p. 1202. Lorsque cela se produit, il est évident que le demandeur ne peut s'attendre de la part du défendeur à une obligation de diligence sur laquelle fondée son action. Toutefois, cette situation n'élimine pas l'application du principe selon lequel on ne conclut pas à une obligation de diligence dans les circonstances où aucune partie n'aurait d'attente raisonnable relativement à une telle obligation. Dans d'autres circonstances, le principe sera appliqué et devrait l'être. Il n'en résulte pas que les restrictions imposées au moyen de défense *volenti* sont diminuées par l'application

part of the driver. The policy would not be applied to rule out liability in these circumstances. The passenger is usually found to be contributorily negligent, reflecting the fact that having those expectations showed a lack of care for his or her own safety. But the circumstances out of which an action arises may be such that, apart from consenting to an activity which can still be carried out with reasonable care, the plaintiff cannot have any reasonable expectation of receiving care nor the defendant of providing it.

What emerges from this discussion of the two examples to which I have referred, namely *ex turpi causa* and *volenti non fit injuria*, is that there exists a definite policy not to recognize a duty of care in circumstances in which none could be expected. Criminal conduct can be the basis for negating a duty of care not because it is criminal but because it can be inferred from the conduct itself, apart from its criminal character, that no reasonable expectation of care existed on the part of the person injured. Consent to a risk of harm such as to attract the defence of *volenti* is another example of this policy. It is an example in which the absence of an expectation of care is explicitly demonstrated by a consent to the very conduct out of which the duty would otherwise arise. Consent is but one example as to how the absence of reasonable expectation can be established. The absence of reasonable expectation can also be established on the basis of the relationship of the parties and their conduct in all the circumstances of the case.

In this case, the breach of duty alleged is that the defendant allowed the plaintiff to drive when the plaintiff asked the defendant to do so. It strikes me as extraordinary to suggest that when making the request the plaintiff could at the same time have

de la notion de responsabilité par des moyens détournés. Le passager qui accepte d'être conduit par un conducteur de toute évidence en état d'ébriété peut quand même avoir une attente raisonnable de diligence de sa part. Le principe ne serait pas appliqué pour écarter la responsabilité dans de telles circonstances. Habituellement, on conclut à la négligence contributive du passager, parce que les attentes qu'il a manifestées démontreraient une absence de diligence à l'égard de sa propre sécurité. Toutefois, il se peut que les circonstances qui donnent lieu à une action soient telles que, même s'il consent à une activité qui peut quand même être exercée avec une diligence raisonnable, le demandeur ne peut raisonnablement s'attendre à bénéficier de diligence ni le défendeur à lui en manifester.

Il ressort de cette analyse des deux exemples que j'ai mentionnés, c'est-à-dire les règles *ex turpi causa* et *volenti non fit injuria*, qu'il existe un principe défini qui consiste à ne pas reconnaître d'obligation de diligence dans les circonstances où on ne peut s'attendre à ce qu'il y en ait. Le refus de l'existence d'une obligation de diligence peut être fondé sur une conduite criminelle, non pas parce qu'elle est criminelle, mais parce qu'il est possible de déduire de la conduite elle-même, indépendamment de son caractère criminel, que la personne lésée n'avait aucune attente raisonnable de diligence. L'acceptation d'un risque de dommage susceptible d'entraîner le moyen de défense *volenti* est un autre exemple de ce principe. C'est un exemple dans lequel l'absence d'attente de diligence est explicitement démontrée par l'acceptation de la conduite même de laquelle l'obligation résulterait normalement. L'acceptation n'est qu'un exemple de la manière dont l'absence d'attente raisonnable peut être démontrée. Elle peut également être démontrée sur le fondement du rapport entre les parties et de leur conduite dans toutes les circonstances de l'affaire.

En l'espèce, le manquement allégué à l'obligation résulte du fait que le défendeur a autorisé le demandeur à conduire lorsque celui-ci le lui a demandé. À mon avis, il serait extraordinaire de proposer que le demandeur a pu, quand il a fait la

had any expectation that the defendant owed the plaintiff a duty to take care for his safety by refusing the request. This is not a case of the plaintiff's being guilty of contributory negligence in having such an expectation, but rather, it is a case in which the plaintiff had no such expectation. It is, therefore, not a case for apportionment of liability because no liability arises.

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of Justices Cory and McLachlin. I concur in their disposition of the case and agree for the reasons which they give that on the facts of this case the respondent had a duty of care and a defence of *ex turpi causa* was not open to him, be it viewed as such or as a matter of public policy. I also share their reasons inasmuch as they support a restricted and more carefully circumscribed application of the defence of *ex turpi causa* in tort cases. Even though it has given rise to some confusion in the past, its principle, properly understood in the light of the examples of its proper application given by my colleagues, and their comments, is in my view valid and has an important role to play in the limited circumstances to which it applies. It reflects one facet of public policy which is best captured in the statement of its purpose adopted by Justice Sopinka in his reasons in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 316, from those of Taylor J. in *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (S.C.), at p. 345:

The purpose of the rule today must be to defend the integrity of the legal system, and the repute in which the courts ought to be held by law-abiding members of the community.

While this statement is broad in potential scope, it is so by reason of the nature of the concept

demande, s'attendre en même temps que le défendeur s'acquitte envers lui d'une obligation de diligence à l'égard de sa sécurité en rejetant sa demande. Il ne s'agit pas d'un cas où le demandeur est coupable de négligence contributive parce qu'il avait une telle attente, mais plutôt d'un cas où le demandeur n'avait pas une telle attente. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un cas de partage de la responsabilité parce qu'il n'en existe aucune.

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs des juges Cory et McLachlin. Je partage leur avis quant à la façon de trancher le litige et conviens avec eux pour les motifs qu'ils exposent que, selon les faits de l'espèce, l'appelant avait une obligation de diligence et ne pouvait pas invoquer le moyen de défense *ex turpi causa*, qu'il soit considéré en tant que tel ou comme élément de l'ordre public. Je souscris également à leurs motifs pour autant qu'ils appuient une application restreinte et plus soigneusement circonscrite de ce moyen de défense dans les actions en responsabilité délictuelle. Malgré la confusion que ce moyen a pu engendrer dans le passé, le principe qui le sous-tend est à mon sens valable et a un rôle important à jouer dans les circonstances limitées auxquelles il s'applique, pour peu qu'il soit bien compris à la lumière des exemples de son application correcte que donnent mes collègues et de leurs observations. Il traduit un aspect de l'ordre public dont la formulation la plus heureuse se trouve dans l'énoncé de son objet adopté par le juge Sopinka dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 316, où il reprend le passage suivant tiré des motifs du juge Taylor dans l'arrêt *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (C.S.), à la p. 345:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, la règle doit avoir pour objet de défendre l'intégrité du système juridique et la réputation que les tribunaux doivent avoir aux yeux des honnêtes citoyens.

Il s'agit certes là d'une déclaration qui peut être de grande portée mais cela tient à la nature du con-

which it expresses. I view my colleagues' comments as helpful guidelines for the application of the principle but, in my opinion, it is not appropriate to define exhaustively a priori the circumstances or particular grounds for its application.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—Three questions must be answered in order to resolve this appeal. First, does a person who has the care and control of a motor vehicle owe a duty of care to another who is known to be impaired to deny that impaired person permission to drive the vehicle? Secondly, does the so-called principle of law, known by the maxim *ex turpi causa non oritur actio*, provide the respondent with a complete defence to this action? Finally, did the trial judge err in his apportionment of liability in this case?

Factual Background

The respondent Hebert owned what he described as a souped-up muscle car. He had driven it at speeds in excess of 200 km/hr. No doubt it exuded a compelling seductive charm that would attract young men of all ages. On a Friday evening, in July of 1986, the respondent drove his car to a party. The appellant Hall, who was known to the respondent, was also invited. He walked over from his residence to join the festivities and had every intention of walking home when the party was over.

The respondent Hebert drove his girlfriend home about midnight. She testified that he did not appear to be drunk at that time. Hebert then returned to the party, with a case of beer in the trunk of his car. There is no doubt that Hebert consumed several beers at the party. He knew that the appellant had consumed at least eight or nine beers by the time the party was breaking up around 1:30 a.m. In any event, the respondent invited the appellant to join him. The two young men then drove to

cept qu'elle exprime. Je vois dans les observations de mes collègues des guides utiles pour l'application du principe. Je ne crois cependant pas qu'il convienne d'établir a priori de façon exhaustive les circonstances ou les motifs particuliers justifiant d'y avoir recours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi soulève trois questions auxquelles il faut apporter une réponse. En premier lieu, la personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule automobile a-t-elle à l'égard d'une autre personne dont les facultés sont manifestement affaiblies une obligation de diligence en vertu de laquelle elle serait tenue de lui refuser la permission de conduire le véhicule? En deuxième lieu, le prétendu principe de droit exprimé par la maxime *ex turpi causa non oritur actio* offre-t-il à l'intimé un moyen de défense complet dans la présente action? Enfin, le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans le partage de la responsabilité en l'espèce?

Les faits

L'intimé Hebert était propriétaire de ce qu'il a décrit comme une voiture au moteur gonflé. Il l'a déjà conduite à des vitesses excédant 200 km/h. Il ne fait aucun doute que cette automobile avait un charme séducteur irrésistible pour les jeunes gens de tout âge. Un vendredi soir de juillet 1986, l'intimé s'est rendu à une fête au volant de son automobile. L'appellant Hall, que l'intimé connaissait, y était aussi invité. C'est à pied que ce dernier s'est rendu à la fête, et par ce moyen qu'il avait l'intention de retourner chez lui à la fin de la soirée.

L'intimé Hebert a reconduit son amie chez elle vers minuit. Celle-ci a déclaré en preuve qu'il ne paraissait pas ivre à ce moment. Hebert est ensuite retourné à la fête, avec une caisse de bière dans le coffre arrière de sa voiture. Il ne fait aucun doute que Hebert a consommé plusieurs bières au cours de la fête. Il savait aussi que l'appellant avait consommé au moins huit ou neuf bières au moment où la fête s'est terminée, vers 1 h 30. De toute façon, l'intimé a invité l'appellant à l'accompagner et les

a baseball field. There the respondent brought out six bottles of beer from the trunk of the car and shared these with the appellant.

When they had finished drinking the six bottles of beer, the respondent, with the appellant still as a passenger, drove to Graveyard Road. This road is a gravel spur, which leads a few hundred feet up on an incline. It was unlit and, more significantly, dropped off sharply on one side to a gravel pit. The road was so rough that the car keys fell out of the ignition and the vehicle stalled. The young men could not find the car keys. The respondent determined that the car could only be started by "a rolling start". To that end he backed the car part-way down the hill and turned it around so that it was facing downhill. It was by then about 3:00 a.m. At this point the appellant asked if he could drive the car and the respondent replied, "Sure, okay".

With the appellant driving the vehicle, the roll start was attempted. The appellant perhaps over accelerated. In any event he lost control. The car left the road, went down the steep slope to the gravel pit and turned upside down. The two young men were able to walk away from the accident and reached the home of an acquaintance, who described both of them as being drunk. It was later discovered that the appellant had suffered significant head injuries.

At the time of the accident the respondent was aware that the appellant had consumed 11 or 12 bottles of beer, three of those within the last hour prior to the accident. Despite this, he did not consider the appellant drunk. However his criteria for determining whether a person was capable of driving his car was, to say the least, relaxed. He considered a person capable of driving his car unless they were falling down drunk or seeing double. Thus, despite his knowledge of the amount of beer consumed by the appellant, he did not consider him impaired for purposes of driving his car. The respondent did not believe that the appellant had driven his car although the appellant said that he

deux jeunes gens se sont dirigés en automobile vers un terrain de base-ball. L'intimé a alors sorti du coffre de son automobile six bouteilles de bière qu'il a partagées avec l'appellant.

Après avoir bu les six bouteilles de bière, l'intimé et l'appellant son passager se sont rendus en automobile jusqu'au chemin Graveyard. Cette route est une voie secondaire de gravier qui conduit, quelques centaines de pieds plus loin, à un plan incliné. Elle n'était pas éclairée et, fait plus important encore, elle donnait abruptement d'un côté sur une carrière de gravier. La route était si cahoteuse que les clefs se sont dégagées du contact et, par la suite, le moteur a calé. Les jeunes gens ne purent retrouver les clefs de l'automobile. L'intimé a conclu que la voiture ne pouvait être remise en marche que par un «démarrage en côte». Il a donc fait reculer l'automobile une partie de la route, pour l'orienter ensuite vers le bas de la côte. Il était environ 3 h. C'est à ce moment que l'appellant a demandé s'il pouvait conduire, et que l'intimé lui a répondu [TRADUCTION] «Oui, bien sûr».

L'appellant au volant, ils ont tenté un démarrage en côte. Peut-être parce qu'il a donné trop d'accélération, l'appellant a perdu la maîtrise du véhicule, qui a quitté la route pour s'engager sur la pente raide menant à la carrière de gravier et capoter. Les deux jeunes gens ont pu quitter à pied les lieux de l'accident et se rendre à la maison d'une connaissance, qui les a décrits tous deux comme ivres à ce moment. On a découvert par la suite que l'appellant avait subi d'importantes blessures à la tête.

Au moment de l'accident, l'intimé savait que l'appellant avait consommé 11 ou 12 bouteilles de bière, dont trois dans l'heure précédant l'accident. Il ne le considérait pourtant pas comme ivre. Il faut toutefois reconnaître que ses critères pour déterminer si une personne était capable de conduire son automobile étaient à tout le moins très larges. Selon lui, une personne était en mesure de conduire son automobile tant qu'elle n'était pas ivre au point de ne plus pouvoir se tenir debout ou de voir double. Ainsi, même s'il savait la quantité de bière que l'appellant avait consommée, il ne le considérait pas comme inapte à conduire son automobile. Selon l'intimé, l'appellant n'avait jamais con-

had on one other occasion. Although both young men were used to driving on gravel roads, the respondent knew the Graveyard Road was dark, inclined and with an open gravel pit on one side. The respondent knew that in roll-starting his souped-up car on a gravel road it would be all too easy in the best of conditions to give the car too much gas so that it would surge ahead and be difficult to control.

The Courts Below

Trial Division

The trial judge held that although the appellant drove the respondent's car, the respondent could still be liable for negligence as he "had a primary obligation to remain sober enough to preserve his ability to drive or his ability to determine the [appellant's] or any other person's ability and competence to drive before delivering care and control of his car to him." He found that the respondent was negligent in concluding that the appellant could drive and in permitting him to drive on the unlit difficult gravel road.

At trial the respondent raised the defence of *ex turpi causa non oritur actio* alleging that both parties were engaged in a criminal enterprise and as a result, that he could not be held liable. The trial judge decided that the mere acceptance of a ride knowing that the driver was impaired did not constitute a common enterprise. He found that the only joint enterprise of the parties was the consumption of alcohol in a public place contrary to the provincial liquor act. That conduct he found was finished well before the appellant drove the vehicle. He concluded that there was then no link between the illegality of drinking in a public place and the subsequent actions of the respondent which led to the accident. Further, he expressed the view that a breach of the liquor control act was not

duit son automobile auparavant, mais celui-ci prétend l'avoir fait à une occasion. Même si les deux jeunes gens avaient l'habitude de conduire sur des routes de gravier, l'intimé savait que le chemin Graveyard n'était pas éclairé, qu'il était incliné et qu'il donnait d'un côté sur une carrière de gravier. L'intimé savait qu'en démarrant sa voiture à moteur gonflé en côte sur une route de gravier, il risquait fort, même dans les meilleures conditions, de donner trop d'accélération, d'emballer le moteur, rendant la voiture difficile à maîtriser.

Les juridictions inférieures

c La Cour de première instance

Selon le juge de première instance, en dépit du fait que l'appelant conduisait son automobile, l'intimé pouvait toujours être tenu responsable pour négligence puisqu'il [TRADUCTION] «avait l'obligation fondamentale de demeurer suffisamment sobre pour conserver son aptitude à conduire ou son aptitude à déterminer l'aptitude à conduire ou la compétence de [l'appelant] ou de toute autre personne avant de lui confier la garde et la maîtrise de sa voiture.» Il a estimé que l'intimé avait fait preuve de négligence en concluant que l'appelant était en mesure de conduire et en lui permettant de conduire sa voiture sur une route de gravier non éclairée et difficile.

Au procès, l'intimé a soulevé le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio* en prétendant que les deux parties prenaient toutes deux part à une entreprise criminelle et que, partant, il ne pouvait être tenu responsable. Le juge de première instance a conclu que le seul fait d'accepter une randonnée en sachant que les facultés du conducteur sont affaiblies ne constituait pas une entreprise commune. Selon lui, la seule entreprise conjointe des parties était la consommation d'alcool dans un endroit public, en contravention avec la loi provinciale sur les boissons alcoolisées. Il a estimé que cette activité avait pris fin bien avant que l'appelant ne prenne le volant de la voiture. Il a conclu qu'il n'existait aucun lien entre l'illégalité de la consommation d'alcool dans un endroit public et les actions subséquentes de l'intimé qui ont donné lieu à l'accident. Il a en outre affirmé qu'une con-

misconduct of such a moral gravity that the court should decline to compensate the appellant.

When he apportioned the liability he found that the respondent was more responsible for the accident than the appellant and apportioned negligence with 75 percent attributable to the respondent and 25 percent to the appellant.

Court of Appeal (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201

The Court of Appeal allowed the respondent's appeal. The majority was of the view that the respondent owner did not owe a duty of care to the appellant and that accordingly, the appellant (at p. 206) "could not recover damages against him".

Gibbs J.A., for the majority, concluded that the principle of *ex turpi causa non oritur actio* was applicable and the action could be dismissed on that basis as well. He wrote, at p. 210, that "until the Supreme Court of Canada rules otherwise there can be little doubt that the defence of *ex turpi causa* nor *oritur actio* is available here in this kind of action". He went further and determined that the application of the principle did not depend upon a joint criminal enterprise; rather, the defence was available wherever the conduct of the plaintiff giving rise to the claim is so tainted with criminality or culpable immorality that, as a matter of public policy, the court will not assist him or her to recover damages. He wrote at pp. 210-11:

Accordingly, to the extent that either of *Funk v. Clapp* [(1986), 35 B.C.L.R. (2d) 222] or *Betts v. Sanderson Estate* [(1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1] leads to the conclusion that the defence is confined to cases of joint criminal enterprise or applies only in contracts, neither should any longer be accepted as good law in this province. . .

Further, the statement in *Funk v. Clapp* at p. 233 that the doctrine of *ex turpi causa* no longer applies where there is legislation respecting contributory negligence

travention à la loi sur les boissons alcoolisées n'était pas un délit moral à ce point grave que la cour doit rejeter la demande de réparation présentée par l'appellant.

En ce qui a trait au partage de la responsabilité, il a conclu que l'intimé avait une plus grande part de responsabilité que l'appellant dans l'accident, et établi à 75 pour 100 la part de négligence de l'intimé et à 25 pour 100 celle de l'appellant.

La Cour d'appel (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201

La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'intimé. Elle a estimé, à la majorité, que le propriétaire intimé n'avait pas d'obligation de diligence à l'égard de l'appellant et que, partant, ce dernier (à la p. 206) [TRADUCTION] «ne pouvait pas lui réclamer des dommages-intérêts».

Le juge Gibbs, au nom de la majorité, a conclu que le principe *ex turpi causa non oritur actio* était applicable et que l'action pouvait aussi être rejetée pour ce motif. Selon lui, à la p. 210, [TRADUCTION] «tant que la Cour suprême du Canada ne se sera pas prononcée sur cette question, on peut difficilement douter que le moyen de défense *ex turpi causa* non *oritur actio* s'applique dans cette sorte d'action». Il est allé plus loin en déterminant que l'application de ce principe ne dépendait pas de l'existence d'une entreprise criminelle conjointe; selon lui, on pouvait plutôt invoquer ce moyen de défense chaque fois que la conduite du demandeur à l'origine de la demande est à ce point entachée de criminalité ou d'immoralité coupable que, pour des motifs d'ordre public, la cour ne l'aidera pas à obtenir un dédommagement. Il a écrit, aux pp. 210 et 211:

[TRADUCTION] Par conséquent, dans la mesure où l'arrêt *Funk c. Clapp* [(1986), 35 B.C.L.R. (2d) 222] ou l'arrêt *Betts c. Sanderson Estate* [(1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1] amène à conclure que ce moyen de défense se limite aux affaires où il existe une entreprise criminelle conjointe ou ne s'applique qu'aux contrats, ni l'un ni l'autre ne devrait plus être accepté comme l'expression adéquate du droit en vigueur dans cette province. . .

En outre, l'affirmation, à la p. 233 de l'arrêt *Funk c. Clapp*, portant que la règle *ex turpi causa* ne s'applique plus lorsque des dispositions législatives sur le partage

that includes both “fault” or “conduct” as well as “negligence” and citing with approval the decision *Lewis v. Sayers*, [1973] O.R. 591 . . . can no longer be considered to be an accurate statement of the law of this province.

In her minority reasons, Southin J.A. held that the principle *ex turpi causa* had no place in the law of tort. However, she found that there was no duty of care owed by the respondent to the appellant in this case. She wrote at p. 216:

I hold that a person who drives while impaired a motor vehicle belonging to another and thereby injures himself cannot recover damages from that other on the footing that that other person had a duty in the circumstances not to enable him to commit the crime whereby he injured himself.

Analysis

In order to determine what role, if any, the doctrine of *ex turpi causa* should play in tort cases, it is necessary to consider briefly the nature of a tort, its history and development.

The Essence and Aim of Tort Law

It is difficult to define the nature of a tort. Indeed one of the greatest writers in the field, W. L. Prosser has expressed the opinion that it should not be defined. Perhaps it is easiest to begin by saying what it is not. A tort is not a crime. Although criminal law and tort law grew from the same roots they are today quite distinct and different. Criminal law is designed to provide security for the citizens of the state. It attempts to define that conduct which society finds abhorrent and therefore necessary to control. Those who commit crimes are prosecuted by the state and are subject to punishment which reflects the state's or society's abhorrence for the particular crime.

de la responsabilité englobent à la fois la «faute» ou la «conduite» en plus de la «négligence», et citant avec approbation la décision *Lewis c. Sayers*, [1973] O.R. 591, [. . .] ne peut plus être considérée comme l'expression adéquate de l'état du droit dans cette province.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Southin a conclu que le principe *ex turpi causa* n'a pas sa place en droit de la responsabilité civile délictuelle. Elle a toutefois estimé que l'intimé n'avait aucune obligation de diligence à l'égard de l'appelant en l'espèce. Elle écrit, à la p. 216:

[TRADUCTION] Je conclus que la personne qui, alors que ses facultés sont affaiblies, conduit le véhicule automobile appartenant à une autre personne et qui s'inflige ainsi des blessures ne peut réclamer des dommages-intérêts à cette autre personne du seul fait que celle-ci avait, dans les circonstances, l'obligation de ne pas lui permettre de commettre le crime par lequel elle s'est infligé des blessures.

Analyse

Pour pouvoir déterminer quel rôle, le cas échéant, la règle *ex turpi causa* devrait jouer dans des actions en responsabilité délictuelle, il est nécessaire d'examiner brièvement la nature du délit civil, de même que l'histoire et l'évolution du droit de la responsabilité délictuelle.

L'essence et le but du droit de la responsabilité délictuelle

Il est difficile de définir la nature d'un délit. En fait, l'un des plus grands auteurs dans ce domaine, W. L. Prosser, a exprimé l'avis qu'on ne devrait pas chercher à le faire. Il est peut-être plus facile de commencer par dire ce qu'un délit n'est pas. Un délit n'est pas un crime. Même si le droit pénal et le droit de la responsabilité délictuelle ont les mêmes sources, ils constituent aujourd'hui des réalités bien distinctes et différentes. Le droit pénal vise à assurer la sécurité des citoyens de l'État. Il tente de définir la conduite que la société juge répugnante et, partant, qu'il est nécessaire de sanctionner. Les personnes qui commettent des crimes sont poursuivies par l'État et sont passibles de peines qui reflètent la répugnance de l'État ou de la société à l'égard de chaque crime particulier.

Nor is the law of torts contractual in its nature. Contract law seeks to enforce the rights which arise out of an agreement whose parties have voluntarily agreed to be bound by its terms. The law of contract seeks to enforce the terms of the agreement specifically or provide compensation for its breach. Nor can torts fall under the title of quasi-contractual relief. That remedy seeks to prevent unjust enrichment that might, for example, arise out of payment of money under mistake.

The law of tort covers a much wider field than does contract or quasi-contract. It provides a means whereby compensation, usually in the form of damages, may be paid for injuries suffered by a party as a result of the wrongful conduct of others. It may encompass damages for personal injury suffered, for example, in a motor vehicle accident or as a result of falling in dangerous premises. It can cover damages occasioned to property. It may include compensation for injury caused to the reputation of a business or a product. It may provide damages for injury to honour in cases of defamation and libel. A primary object of the law of tort is to provide compensation to persons who are injured as a result of the actions of others. W. L. Prosser puts the aim of tort law this way in *Handbook of the Law of Torts* (4th ed. 1971), at p. 6, quoting Cecil A. Wright, "Introduction to the Law of Torts" (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238, in this way:

... in short, doing all the things that constitute modern living—there must of necessity be losses, or injuries of many kinds sustained as a result of the activities of others. The purpose of the law of torts is to adjust these losses, and to afford compensation for injuries sustained by one person as the result of the conduct of another.

Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), describes it in this way at p. 3:

Le droit de la responsabilité délictuelle n'est pas non plus de nature contractuelle. Le droit des contrats vise à faire appliquer les droits découlant d'un accord par lequel les parties ont accepté volontairement de s'engager. Le droit des contrats vise à faire respecter expressément les modalités de l'accord ou à accorder une réparation en cas d'inexécution. Le droit de la responsabilité délictuelle ne peut non plus être rangé sous la rubrique des réparations quasi contractuelles. Ce recours vise à empêcher l'enrichissement sans cause qui pourrait se produire, par exemple en cas de versement d'une somme d'argent par erreur.

Le droit de la responsabilité délictuelle embrasse un domaine beaucoup plus vaste que celui du droit contractuel ou quasi contractuel. Il offre à la personne qui a subi un préjudice découlant de la conduite fautive d'autrui un moyen d'obtenir réparation, habituellement sous forme de dommages-intérêts. Il peut s'étendre aux dommages-intérêts pour lésions corporelles subies, par exemple, dans un accident de la route ou par suite d'une chute dans des lieux dangereux. Il peut viser les dommages matériels, ou encore accorder une réparation pour atteinte à la réputation d'une entreprise ou d'un produit. Il peut accorder des dommages-intérêts pour atteinte à l'honneur dans des cas de diffamation ou de libelle. L'un des principaux buts du droit de la responsabilité délictuelle est de dédommager les personnes qui subissent un préjudice par suite des actes d'autrui. W. L. Prosser décrit de la façon suivante le but du droit de la responsabilité délictuelle, dans *Handbook of the Law of Torts* (4^e éd. 1971), à la p. 6, en citant Cecil A. Wright, «Introduction to the Law of Torts» (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238:

[TRADUCTION] ... en résumé, dans l'accomplissement de toutes les choses dont la vie moderne est composée—il y a nécessairement des pertes ou des préjudices de toutes sortes qui découlent des activités d'autrui. Le but du droit de la responsabilité délictuelle est de répartir ces pertes et de réparer les préjudices que subit un individu par la faute d'un autre.

Dans son ouvrage *La responsabilité civile délictuelle* (4^e éd. 1988), Allen M. Linden le décrit de la façon suivante, à la p. 3:

First and foremost, tort law is a compensator. A successful action puts money into the pocket of the claimant. This payment is supposed to reimburse him for the economic and psychic damages he has suffered at the hands of the defendant.

Although compensation may be the primary purpose of tort law, it must be noted that aggravated or exemplary damages which may sometimes be awarded are aimed at punishment and deterrence. Tort actions fulfil a role in appeasing the victim and may serve as a means of educating the public, as well as producers and manufactures, as to the dangers involved in the use of certain products or processes.

Duty of Care and Public Policy

On what basis will compensation be paid for damages in a tort action based upon a claim of negligence? In order for a court to award compensation, it must be determined that the defendant owed the plaintiff a duty of care. Only if such a duty exists, can the breach of that duty result in payment of compensation or damages. The classical expression of the duty of care was set out in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, at pp. 580-81. There it was explained that a duty of care arises when there is a likelihood of harm being occasioned due to one's actions to a person in a sufficient relationship of legal proximity to give rise to such a duty. The notion of "legal proximity" has been set out in terms of whether the risk of harm ought to have been reasonably foreseeable to the defendant. It has been recognized that there are instances in which a person may not have actually anticipated the harm but ought reasonably to have done so. In those circumstances, the person will be found liable in negligence.

Nevertheless it has been observed that foreseeability in and of itself is not the only element in determining whether there is a duty of care. In *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, the House of Lords considered the

Le droit de la responsabilité délictuelle joue, d'abord et avant tout, un rôle réparateur. Le demandeur qui a gain de cause reçoit une somme d'argent à titre de réparation des préjudices financier et moral qu'il a subis par la faute du défendeur.

Même si la réparation demeure le but principal du droit de la responsabilité civile délictuelle, il convient de souligner qu'il est possible dans certains cas d'accorder des dommages-intérêts alourdis ou exemplaires en guise de punition ou à des fins de dissuasion. Les actions en responsabilité délictuelle jouent un rôle lénifiant pour la victime et peuvent servir à instruire le public tout comme les producteurs et les fabricants relativement aux dangers que comporte l'utilisation de certains produits ou procédés.

L'obligation de diligence et l'ordre public

À quelles conditions peut-on faire droit à une demande de dommages-intérêts dans une action en responsabilité délictuelle fondée sur le délit de négligence? Le tribunal doit d'abord déterminer si le défendeur avait une obligation de diligence à l'égard du demandeur. L'existence d'une telle obligation est absolument nécessaire pour qu'un manquement à cette obligation entraîne le versement d'une réparation ou de dommages-intérêts. L'expression classique de l'obligation de diligence figure dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, aux pp. 580 et 581. On y explique qu'une obligation de diligence naît pour le défendeur lorsqu'il y a risque, du fait de ses actes, de porter préjudice à une personne avec laquelle il a un lien juridique suffisamment étroit pour entraîner une telle obligation. Pour établir la notion de «lien juridique étroit» il faut déterminer si le défendeur aurait pu raisonnablement prévoir le risque de préjudice. Il est reconnu que dans certains cas, même si elle n'a pas prévu le préjudice, la personne en cause aurait raisonnablement dû le faire. Elle est alors jugée responsable pour négligence.

Toutefois, la prévisibilité ne serait pas en soi le seul élément qui permette de déterminer l'existence d'une obligation de diligence. Dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, la Chambre des Lords a examiné l'im-

importance of considerations beyond foreseeability and proximity, setting out a two-stage test for its determination. This test was adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. Wilson J., speaking for the majority, reformulated Lord Wilberforce's test in *Anns, supra*, in the following manner (at pp. 10-11):

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

This Court very recently reconfirmed both its adoption of the *Anns*, standard and of Wilson J.'s reformulation of it in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299.

When a court considers whether a duty of care exists, it must of course take into account all the circumstances of the alleged wrongdoing. That will involve a consideration of the facts which are pertinent to each case. The doctrine of *stare decisis* means that all others in the same position as the plaintiff and defendant in the particular case will also be affected. This is one of the reasons the court must take public policy into account. This was first clearly and frankly recognized in the *dicta* of Lord Denning in *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412, at p. 426, where he wrote:

It is, I think, at bottom a matter of public policy which we, as judges, must resolve. This talk of "duty" or "no duty" is simply a way of limiting the range of liability for negligence.

That public policy must be taken into consideration in tort cases was ably expressed *Winfield and*

portance de considérations autres que la prévisibilité et le lien étroit, et établi un critère à deux volets pour trancher. Notre Cour a adopté ce critère dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans cette affaire, le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a reformulé de la façon suivante le critère énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité, aux pp. 10 et 11:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Notre Cour a récemment confirmé de nouveau à la fois son adoption de la norme énoncée dans l'arrêt *Anns* et la reformulation qu'en a donnée le juge Wilson, dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299.

Lorsqu'il est appelé à déterminer l'existence d'une obligation de diligence, le tribunal doit évidemment tenir compte de toutes les circonstances entourant la faute alléguée. Cela comprend un examen des faits qui sont pertinents pour chaque espèce. La règle du *stare decisis* signifie que tous les autres justiciables dont la situation est la même que celle du demandeur et du défendeur dans l'espèce seront aussi touchés. C'est là une des raisons pour lesquelles les tribunaux doivent tenir compte de l'ordre public. Cela a été reconnu clairement et franchement pour la première fois dans les opinions incidentes de lord Denning dans l'arrêt *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412, à la p. 426:

[TRADUCTION] Il s'agit, en dernière analyse, d'une question d'ordre public que nous, juges, devons trancher. Toute cette histoire d'existence ou d'inexistence d'un «devoir» n'est qu'un moyen de limiter le champ de la responsabilité pour négligence.

La nécessité de tenir compte de l'ordre public dans des affaires de responsabilité délictuelle a été

Jolowicz on Tort (12th ed. 1984), by W. V. H. Rogers, at p. 75:

The use of the word “policy” indicates no more than that the court must decide not simply whether there is or is not a duty, but whether there should or should not be one, taking into account both the established framework of the law and also the implications that a decision one way or the other may have for the operation of the law in our society. For long the judges, while undoubtedly aware of it, displayed a reluctance to admit openly that the application of a “legal” rule is insufficient to deal with novel questions about the scope of the tort of negligence, but the post-war period has seen an increasing readiness to admit that considerations of policy must, from time to time, play a major part in the making of decisions.

This same principle was recognized and supported by Prosser in his text, *supra*, at pp. 325-26. Thus it can be seen that although the *Donoghue v. Stevenson* principle may be taken as the starting point for determining whether a duty of care exists, societal concerns must also be addressed under the heading of public policy. Thus even if a duty of care is found to exist, the court will have to determine whether, for public policy reasons, that duty should be limited in part or in whole. This approach is entirely consistent with the principle set out in *Anns, supra*, which as we have seen has been adopted by this Court. Thus the courts in Canada have expanded the consideration of the notion of a duty of care to meet the developing needs and concerns of society.

The same principle has been recognized in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, *supra*. There La Forest J. wrote at p. 319:

In my view, the second branch of the *Anns* test is broad enough to allow for the consideration, where relevant, of the factors the English courts have considered in the context of their just and reasonable test. It is now well established that policy considerations may in fact negate the existence of the duty; see *Central Trust Co. v.*

exprimée de façon très compétente dans *Winfield and Jolowicz on Tort* (12^e éd. 1984), par W. V. H. Rogers, à la p. 75:

a [TRADUCTION] L’emploi de l’expression «de principe» indique uniquement que le tribunal doit décider non seulement s’il existe ou non une obligation, mais aussi s’il devrait ou non y en avoir une, en tenant compte à la fois du cadre établi du droit et des incidences que pourrait avoir une décision dans un sens comme dans l’autre sur l’application du droit dans notre société. Même s’ils en étaient probablement conscients, les juges, ont pendant longtemps manifesté de la réticence à admettre ouvertement que l’application d’une règle «de droit» ne suffit pas à résoudre de nouvelles questions dont ils sont saisis quant à la portée du délit de négligence; toutefois, depuis l’après-guerre, les tribunaux semblent plus disposés à reconnaître que des considérations de principe doivent à l’occasion jouer un rôle important dans la résolution de différends.

d

Ce même principe est reconnu et appuyé par Prosser dans son ouvrage, *op. cit.*, aux pp. 325 et 326. Donc, même si le principe établi dans l’arrêt *Donoghue c. Stevenson* peut servir de point de départ lorsqu’il s’agit d’établir l’existence d’une obligation de diligence, il y a aussi lieu de tenir compte de considérations intéressant la société sous la rubrique de l’ordre public. Par conséquent, même si le tribunal constate l’existence d’une obligation de diligence, il lui faut déterminer si, pour des motifs d’ordre public, cette obligation devrait être limitée en partie ou supprimée. Cette façon de voir s’harmonise parfaitement avec le principe établi dans l’arrêt *Anns*, précité, et adopté par notre Cour. Les tribunaux canadiens ont donc élargi l’examen de la notion de l’obligation de diligence de façon à répondre aux besoins et aux attentes grandissants de la société.

h

Le même principe a été reconnu dans l’arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, précité. Dans ses motifs, le juge La Forest écrit, à la p. 319:

i

J’estime que le second volet du critère de l’arrêt *Anns* est suffisamment général pour permettre d’examiner, lorsque cela est pertinent, les facteurs dont les tribunaux anglais ont tenu compte dans le contexte de leur critère de ce qui est juste et raisonnable. Il est maintenant bien établi que des considérations de principe peuvent en fait

j

Rafuse, [[1986] 2 S.C.R. 147]; *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [[1990] 1 Q.B. 993].

Public Policy and the Impaired Plaintiff

Tort law has recognized society's concern for the danger posed by those who drive while impaired. A response to this concern has been judicial recognition that reasonable steps must be taken to prevent those who have consumed alcohol from driving and to make the supplier of alcohol responsible for the injuries caused to and by the drunken driver. See for example *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239. Further, the courts have properly demonstrated their willingness to impose a duty upon those who control a car so that they will be properly held liable for permitting impaired persons to drive their vehicles. See *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637 (Man. Q.B.); *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339 (Ont. H.C.), and *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). This Court cited *Hempler, supra*, and *Borsoski, supra*, with approval in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186, where a drunken plaintiff recovered damages for injuries suffered when he was sliding downhill in an inner tube. There Wilson J. wrote, *supra*, at pp. 1196-97:

The general approach taken in *Jordan House* has been applied in a number of cases. Car owners who have permitted or instructed impaired persons to drive their cars have been found liable (see: *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3rd) 637 (Man. Q.B.), and *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3rd) 339 (Ont. H. Ct.)) as has the owner of a motorcycle who allowed a young unlicensed driver to use it (see: *Stermer v. Lawson* (1977), 79 D.L.R. (3d) 366 (B.C.S.C.)). The common thread running through these cases is that one is under a duty not to place another

supprimer l'obligation; voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [[1986] 2 R.C.S. 147]; *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [[1990] 1 Q.B. 993].

L'ordre public et la conduite avec facultés affaiblies

Le droit de la responsabilité délictuelle a reconnu la préoccupation de la société au sujet du danger que représente la conduite avec facultés affaiblies. L'une des façons d'y répondre a consisté à reconnaître judiciairement la nécessité de prendre des mesures raisonnables afin d'empêcher de conduire ceux qui ont consommé de l'alcool, et de faire assumer au fournisseur de l'alcool la responsabilité des blessures que le conducteur en état d'ébriété aura pu infliger à d'autres ou s'infliger à lui-même. Voir par exemple l'arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239. En outre, les tribunaux ont bien montré qu'ils étaient disposés à reconnaître une obligation de la part de ceux qui ont la garde d'une automobile, qui seront alors tenus responsables d'avoir permis à des personnes dont les facultés étaient affaiblies de conduire leur voiture. Voir *Hempler c. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637 (B.R. Man.); *Ontario Hospital Services Commission c. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339 (H.C. Ont.), et *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). Notre Cour a cité avec approbation les décisions *Hempler* et *Borsoski*, précitées, dans *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186, affaire dans laquelle le demandeur a obtenu des dommages-intérêts pour des blessures subies au cours d'une descente sur une chambre à air alors qu'il était ivre. Dans cet arrêt, le juge Wilson a écrit, aux pp. 1196 et 1197:

On retrouve dans un certain nombre de décisions l'approche générale retenue dans l'arrêt *Jordan House*. Des propriétaires d'automobile qui ont permis à des personnes en état d'ébriété de conduire leur voiture ou qui leur ont demandé de le faire ont été tenus responsables (voir: *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637 (B.R. Man.) et *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339 (H.C. Ont.)), tout comme le propriétaire d'une motocyclette qui a autorisé un jeune conducteur sans permis à l'utiliser (voir: *Stermer v. Lawson* (1977), 79 D.L.R. (3d) 366 (C.S.C.-B.)).

person in a position where it is foreseeable that that person could suffer injury. The plaintiff's inability to handle the situation in which he or she has been placed—either through youth, intoxication or other incapacity—is an element in determining how foreseeable the injury is.

These cases clearly demonstrate that the impairment of the plaintiff does not necessarily constitute a bar to recovery of damages.

In sum it can be seen that the remedy provided by the law of tort is a flexible one. It is based upon a desire to achieve fairness by compensating, in appropriate cases, those who have been injured by the conduct of others. It must remain flexible and be permitted to grow with a changing society.

Similarly tort cases, which would necessarily involve the consideration of public policy as a bar to recovery, should determine the applicable principles on a case by case basis. These principles, like those applicable in the law of tort, should be flexible and evolve with our ever changing society. What may be contrary to public policy in our decade may be perfectly acceptable in the next.

Contributory Negligence

During the course of the development of tort various concepts have been put forward which were aimed at limiting its scope. In earlier days the defence of contributory negligence constituted an absolute bar to recovery in a tort action. Contributory negligence has been defined as "unreasonable conduct on the part of a victim which, along with the negligence of others, has in law contributed to the victim's own injuries" (see Lewis N. Klar, *Tort Law*, at p. 299). It is hard to say how the doctrine grew or upon what foundation it was based. Perhaps it arose from the court's desire either to control the tendency of juries to find in favour of plaintiffs or to use it as a means of exercising a type of public policy control over recovery in tort cases. In any event, it was first enunciated in *But-*

Ces affaires ont ceci de commun qu'une personne a l'obligation de ne pas exposer autrui à un risque de blessure prévisible. L'incapacité du demandeur de se prendre en charge dans la situation dans laquelle il a été placé—soit à cause de sa jeunesse, de son état d'ébriété ou d'une autre incapacité—entre en ligne de compte quand on détermine le caractère prévisible de la blessure.

Ces décisions montrent clairement que l'ébriété du demandeur ne constitue pas nécessairement un obstacle à l'indemnisation.

Somme toute, il ressort que la réparation offerte par le droit de la responsabilité délictuelle est souple. Elle est fondée sur la volonté d'atteindre à l'équité en dédommageant, lorsque cela est opportun, les personnes qui ont été lésées par la conduite d'autrui. Il faut conserver sa souplesse à cette forme de réparation et lui permettre de progresser au rythme de l'évolution de la société.

De la même manière, dans les affaires de responsabilité délictuelle, qui comportent nécessairement des considérations d'ordre public s'opposant à l'indemnisation, il faudrait déterminer les principes applicables au cas par cas. Ces principes, comme ceux qui s'appliquent en droit de la responsabilité délictuelle, devraient être souples et s'adapter à l'évolution de la société. Ce qui est contraire à l'ordre public dans notre décennie peut devenir tout à fait acceptable dans la prochaine.

La négligence contributive

Au cours du développement du droit de la responsabilité délictuelle, diverses notions furent mises de l'avant pour en limiter la portée. Dans les premiers temps, le moyen de défense fondé sur la négligence contributive constituait un obstacle absolu à l'indemnisation dans une action en responsabilité délictuelle. La négligence contributive a été définie comme la [TRADUCTION] «conduite déraisonnable de la part de la victime qui, conjuguée à la négligence d'autrui, a en droit contribué au préjudice subi par la victime» (voir Lewis N. Klar, *Tort Law*, à la p. 299). Il est difficile de préciser l'origine et le fondement de cette règle. Elle est peut-être née du désir des tribunaux de maîtriser la tendance des jurys à pencher en faveur des demandeurs, ou encore d'exercer une

terfield v. Forrester (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (K.B.). This decision it should be noted, coincides with the Duke of Wellington's Peninsula campaign when muskets were still one of the principal military weapons.

The unfairness of the doctrine was soon recognized when it was applied in cases where the victim was responsible for the injuries only in a minute degree compared to the defendant. One means that was introduced in an attempt to outmanoeuvre the application of the principle was the doctrine of last clear chance. By this doctrine, if a plaintiff had in fact been negligent but the defendant had the last clear chance to avoid the accident and was at fault in failing to avail him or herself of the opportunity then the plaintiff could recover despite his or her contributory negligence. (See *Davies v. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588, and *Salmond on the Law of Torts* (17th ed. 1977), by R. F. V. Houston at pp. 512-13). However the application of the doctrine of last clear chance led to great confusion and still did not completely alleviate the unfairness arising from the rigid application of the defence.

It was the recognition of the basic unfairness of the contributory negligence defence that led to the passage of Acts providing for apportionment of liability (Negligence Acts) in most common law jurisdictions including all the common law provinces of Canada. This legislation recognized that accidents are frequently caused by the negligence of two or more parties and that fairness requires that the liability for the damages should be apportioned among all the parties who are responsible in accordance with the extent of their responsibility.

There is in my view a great deal to be said for the position that apportionment legislation goes far towards removing *ex turpi causa* as a defence. So far as possible the doctrine should be confined to the contractual sphere where it serves a useful purpose.

sorte de contrôle de l'ordre public sur la réparation dans des actions en responsabilité délictuelle. Quoi qu'il en soit, elle a été énoncée pour la première fois dans *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (B.R.), décision qui, comme il convient de le noter, coïncide avec la campagne d'Espagne du duc de Wellington, à une époque où le mousquet était encore l'une des principales armes militaires.

On ne devait pas tarder à reconnaître l'iniquité de cette règle lorsqu'elle était appliquée dans des affaires où la victime n'avait contribué à son préjudice que dans une proportion infime par comparaison au défendeur. Pour tenter d'échapper à l'application de cette règle, on a notamment eu recours à la théorie de la dernière chance. Selon cette théorie, le demandeur pouvait obtenir gain de cause en dépit de sa propre négligence si le défendeur avait eu une dernière chance d'éviter l'accident mais ne l'avait pas fait. (Voir *Davies c. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588, et *Salmond on the Law of Torts* (17^e éd. 1977), par R. F. V. Heuston, aux pp. 512 et 513.) Toutefois, l'application de la théorie de la dernière chance a entraîné beaucoup de confusion sans pour autant mettre fin complètement à l'iniquité qu'entraînait l'application stricte de ce moyen de défense.

C'est la reconnaissance de l'iniquité fondamentale du moyen de défense fondé sur la négligence contributive qui a conduit la plupart des ressorts de common law, dont toutes les provinces de common law du Canada, à adopter des lois sur le partage de la responsabilité. Cette législation reconnaît que les accidents sont fréquemment causés par la négligence de plusieurs parties et qu'en toute équité, la responsabilité du préjudice devrait être partagée entre toutes les parties responsables, dans la mesure de leur responsabilité respective.

Il y aurait beaucoup à dire en faveur de la position selon laquelle la législation sur le partage de la responsabilité va loin pour ce qui est de supprimer la règle *ex turpi causa* comme moyen de défense. Dans la mesure du possible, cette règle devrait être limitée au domaine contractuel où elle joue un rôle utile.

Volenti Non Fit Injuria

Another mechanism aimed at limiting the scope of tort actions is the defence known by the maxim *volenti non fit injuria*. The maxim stands for the proposition that no injury is done to one who consents. The defence applies both to intentional and accidental harms. *Salmond on Torts, supra*, at pp. 496 ff. would draw a distinction between the two, characterizing the defence as either a negation of the duty of care or as a bar to recovery. See also the reasons of Justice McLachlin in *London Drugs, supra*; *Clerk & Lindsell on Torts* (16th ed. 1989), at pp. 112-13; Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at p. 265; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19th ed. 1987) at pp. 557-58; Linden, *supra*, at pp. 448-49. No matter how the maxim or principle is characterized, *volenti non fit injuria*, like the common law defence of contributory negligence, constituted an absolute bar to recovery. While apportionment legislation such as the various negligence acts has reduced or removed entirely the draconian effects of the contributory negligence defence, *volenti* remains as a complete defence. Yet it has, in recent years, been severely restricted in its application.

In order for the doctrine of *volenti* to apply, there must be either an express or implied assumption of the risk of the activity which caused the damage. That is to say, both parties to the activity must have agreed that they would participate in it regardless of the risk of injury and give up their right to sue should injury occur as a result of the agreed upon activity. It must be observed that the consent goes to the legal as opposed to the physical risk of harm (see *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38).

The defence of *volenti* was advanced in this Court in several cases, particularly pertaining to passengers in motor vehicles. However, it is sig-

Volenti non fit injuria

Parmi les moyens employés pour limiter la portée des actions en responsabilité délictuelle figure le moyen de défense désigné par la maxime *volenti non fit injuria*. Cette maxime énonce le principe selon lequel la personne qui s'expose librement à un risque connu ne peut se plaindre du préjudice qu'elle subit. Ce moyen de défense s'applique à l'égard des préjudices intentionnels et accidentels. Selon l'auteur de *Salmond on Torts, op. cit.*, aux pp. 496 et suiv., il faudrait établir une distinction entre les deux, le moyen de défense étant qualifié soit de suppression de l'obligation de diligence soit d'obstacle à l'indemnisation. Voir aussi les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *London Drugs*, précité; *Clerk & Lindsell on Torts* (16^e éd. 1989), aux pp. 112 et 113; Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), à la p. 265; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19^e éd. 1987), aux pp. 557 et 558; Linden, *op. cit.*, aux pp. 545 à 547. Peu importe la qualification donnée à cette maxime ou à ce principe, le moyen de défense *volenti non fit injuria*, à l'instar de celui de la négligence contributive en common law, constituait un obstacle absolu à l'indemnisation. Même si les dispositions législatives sur le partage de la responsabilité adoptées en de nombreux endroits ont réduit ou éliminé complètement les effets draconiens du moyen de défense fondé sur la négligence contributive, la règle *volenti* demeure un moyen de défense complet. On a cependant beaucoup limité son application au cours des dernières années.

L'application de la règle *volenti* suppose nécessairement l'existence d'une acceptation expresse ou implicite du risque inhérent à l'activité qui a donné lieu au dommage. Cela signifie que les parties doivent avoir convenu de prendre part à l'activité peu importe le risque de préjudice, et de renoncer à leur droit de poursuite pour le préjudice subi par suite de l'activité visée. Il convient de souligner que le consentement porte sur le risque juridique de préjudice par opposition au risque physique (voir *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38).

Si le moyen de défense *volenti* a été invoqué dans plusieurs affaires devant notre Cour, notamment lorsqu'il s'agissait de passagers dans des

nificant that the defence has rarely been accepted. See for example *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Lehnert v. Stein*, *supra*; and *Eid v. Dumas*, [1969] S.C.R. 668.

In *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, at p. 658, Estey J. described the very limited scope of the doctrine in these words:

... *volenti* will arise only 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 the 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.

The *volenti* defence acts as a complete bar to recovery. Although it has not been the subject of legislation, it has been very severely limited in its application. Perhaps the judicial limitation was well merited in light of the harsh academic criticism of the defence. See Prosser, *supra*, at p. 454. Before it can operate as a defence, the plaintiff must not only consent to accept the risk of harm but also must bargain away his or her right to sue for injuries that may result from the dangerous activity. The doctrine will only be applied where it can truly be said that there is an understanding on the part of both parties that the defendant assumed no responsibility to take care for the safety of the plaintiff and the plaintiff did not expect him or her to do so. Clearly, the *volenti* defence will only be applicable in a narrow range of cases.

Thus the defence of contributory negligence has been eliminated by legislation and that of *volenti* severely restricted by the courts. There remains to be considered the third defence put forward as an absolute bar to recovery in tort actions. That

automobiles, il a rarement été accueilli, ce qui est significatif. Voir par exemple *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Lehnert c. Stein*, précité; et *Eid c. Dumas*, [1969] R.C.S. 668.

Dans *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, à la p. 658, le juge Estey a décrit dans les termes suivants la portée très limitée de cette règle:

... le moyen de défense de *volenti* ne s'applique 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 moyen de défense *volenti* constitue un obstacle complet à l'indemnisation. Même s'il n'a pas fait l'objet de dispositions législatives, on a beaucoup limité son application. Cette restriction judiciaire était peut-être bien méritée, compte tenu des critiques très sévères d'auteurs à l'égard de ce moyen de défense. Voir Prosser, *op. cit.*, à la p. 454. Pour qu'un défendeur puisse l'invoquer, il faut non seulement que le demandeur ait consenti à accepter le risque de blessure, mais encore qu'il ait convenu de renoncer à son droit de poursuite pour les blessures pouvant découler de l'activité dangereuse. La règle n'est appliquée 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 moyen de défense *volenti* ne s'applique manifestement que dans une gamme très restreinte d'affaires.

En somme, le moyen de défense fondé sur la négligence contributive a été éliminé par des dispositions législatives, et celui de *volenti*, réduit de façon importante par les tribunaux. Il reste donc à examiner le troisième moyen de défense qui est

defence skulks furtively behind the Latin maxim *ex turpi causa non oritur actio*.

Ex Turpi Causa Non Oritur Actio

The maxim has been translated to mean “no right of action arises from a base cause”. Its effect is to provide that wrong doing on the part of a plaintiff can be used to bar recovery. Historically, the doctrine first arose, and in my view was correctly applied, in contract cases to bar a plaintiff from using the court to enforce an illegal contract. Unfortunately, the doctrine has found its way into the realm of tort law. The application of the principle by way of defence completely bars recovery. Because the results may often be disastrous and manifestly unfair, various methods have been used by courts in an attempt to either circumscribe or avoid its application.

Application of the Doctrine

The defence has not been frequently advanced in tort cases. When it has been put forward its consideration by the courts has been so inconsistent that it has given rise to a great deal of well merited criticism. See G. H. L. Fridman, “The Wrongdoing Plaintiff” (1972), 18 *McGill L.J.* 275; Ernest J. Weinrib, “Illegality as a Tort Defence” (1976), 26 *U.T.L.J.* 28; D. Gibson, “Comment: Illegality of Plaintiff’s Conduct as a Defence” (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 89; Jane P. Swanton, “Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence” (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304; W. J. Ford, “Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law” (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164; Charles Debattista, “*Ex Turpi Causa* Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out” (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15; Neville H. Crago, “The Defence of Illegality in Negligence Actions” (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534; Harold S. Davis,

invoqué comme obstacle absolu à l’indemnisation dans des actions en responsabilité délictuelle. Ce moyen de défense rôde furtivement derrière la maxime latine *ex turpi causa non oritur actio*.

Ex turpi causa non oritur actio

La maxime signifie que «le droit d’action ne naît pas d’une cause indigne». Elle a pour effet de permettre au défendeur d’invoquer une faute de la part du demandeur pour faire obstacle à l’indemnisation demandée. Historiquement, c’est dans des affaires de droit des contrats que cette règle est d’abord apparue, et a selon moi été correctement appliquée, comme moyen d’empêcher le demandeur de s’adresser aux tribunaux pour obtenir l’exécution d’un contrat illégal. Elle s’est malheureusement glissée dans le domaine du droit de la responsabilité délictuelle. Son application comme moyen de défense constitue un obstacle complet à toute indemnisation. Comme les résultats risquent souvent d’être désastreux et manifestement injustes, les tribunaux ont eu recours à diverses méthodes pour tenter d’en restreindre ou d’en empêcher l’application.

Application de la règle

Ce moyen de défense n’a pas été invoqué souvent dans des affaires de responsabilité délictuelle, et lorsqu’il l’a été, le traitement que lui ont accordé les divers tribunaux a été si différent qu’il s’est attiré beaucoup de critiques fondées. Voir G. H. L. Fridman, «The Wrongdoing Plaintiff» (1972), 18 *R.D. McGill* 275; Ernest J. Weinrib, «Illegality as a Tort Defence» (1976), 26 *U.T.L.J.* 28; D. Gibson, «Comment: Illegality of Plaintiff’s Conduct as a Defence» (1969), 47 *R. du B. can.* 89; Jane P. Swanton, «Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence» (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304; W. J. Ford, «Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law» (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164; Charles Debattista, «*Ex Turpi Causa* Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out» (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15; Neville H. Crago, «The Defence of Illegality in Negligence Actions» (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534; Harold S. Davis,

“The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort” (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505; Bruce MacDougall, “*Ex Turpi Causa*: Should a Defence Arise From a Base Cause?” (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; P. Legrand Jr., “La dynamique de l’impunité: autour de la défense d’*ex turpi causa* en *common law* des délits civils” (1991), 36 *McGill L.J.* 609.

The inconsistency in the application of *ex turpi causa* makes it somewhat difficult to summarize the approaches that the courts have taken. However, there do appear to be four distinct opinions expressed regarding the effect of a plaintiff’s illegal act. In early American cases, the illegal act of the plaintiff was said to go to causation. (See Harold S. Davis, “The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort”, *supra*.) This approach has sometimes been adopted in Canada (see, e.g., *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 477 and the reasons of La Forest J. in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 262. In other cases the illegal act is said to negate the duty of care (see, e.g., the Australian case *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (Aust. H.C.), at p. 400). In still others the illegal act is said to make the determination of a standard of care impossible (see, e.g., *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), and *Progress and Properties Ltd. v. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651 (Aust. H.C.)). Finally, others have suggested that illegal acts of the plaintiff should act as a bar to recovery of damages. (See discussion in MacDougall, *supra*.)

Justification for the Application of the Doctrine in Tort

No matter how inconsistently it has been applied, there have been three principal justifications put forward for the application of *ex turpi causa* in tort. These can be roughly described as: (a) a plaintiff should not be able to profit from his or her illegal actions; (b) that the maxim should be used to support the aims of the criminal justice

«The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort» (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505; Bruce MacDougall, «*Ex Turpi Causa*: Should a Defence Arise From a Base Cause?» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; P. Legrand jr, «La dynamique de l’impunité: autour de la défense d’*ex turpi causa* en *common law* des délits civils» (1991), 36 *R.D. McGill* 609.

^b Le manque de conformité dans l’application du principe *ex turpi causa* rend assez difficile la tâche de résumer les points de vue adoptés par les tribunaux. Il semble toutefois se dégager quatre opinions distinctes sur l’effet d’un acte illégal de la part du demandeur. Dans les premières décisions américaines, l’acte illégal du demandeur avait une incidence sur le lien de causalité. (Voir Harold S. Davis, «The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort», *loc. cit.*) Ce point de vue a parfois été adopté au Canada (voir par exemple *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, à la p. 477, et les motifs du juge La Forest dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 262. Dans d’autres affaires, on a conclu que l’acte illégal supprimait l’obligation de diligence (voir par exemple la décision australienne *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (H.C. Austr.), à la p. 400). Dans d’autres décisions, on a conclu qu’en raison de l’acte illégal, il était impossible d’établir une norme de diligence (voir par exemple *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), et *Progress and Properties Ltd. c. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651 (H.C. Austr.)). Enfin, d’autres ont donné à entendre que les actes illégaux du demandeur devraient empêcher l’obtention de dommages-intérêts (voir MacDougall, *loc. cit.*).

Justification de l’application de la règle en droit de la responsabilité délictuelle

ⁱ Malgré le manque de cohérence dans son application, trois principales justifications ont été avancées pour soutenir l’application de la maxime *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle. En voici les grandes lignes: a) le demandeur ne devrait pas pouvoir tirer profit de ses actions illégales; b) la maxime devrait servir à appuyer les

system; (c) that allowing recovery by wrongdoing plaintiffs would have the effect of throwing the administration of justice into disrepute or of hampering the operation of justice. It may be convenient to now consider each of these “justifications”.

(a) *Profiting from an Illegal Wrong*

This justification is based upon the proposition that a plaintiff should not be permitted to profit from his or her own wrongdoings. This principle is, I think, more properly applicable to the law of contract than of tort. As we have seen the prime purpose of modern tort law is to provide compensation for injuries caused by the conduct or fault of others. It attempts to put the plaintiff back in the same position he or she would have been in had the tortious acts not been committed. A “wrongdoing plaintiff” who recovers damages in tort is not receiving the benefit for the wrongful act but is merely being compensated for a harm that occurred as a result of a breach of duty of care owed to the plaintiff. The plaintiff’s wrongdoing would be taken into consideration in assessing the extent of the liability for which the plaintiff would be responsible under the applicable Negligence Act.

The policy reasons put forward for the maintenance of the doctrine of *ex turpi causa* form the proper rationale for the application of the doctrine in contract law. In those cases where an agreement is voluntarily made, giving benefits to each side, the courts are properly justified in refusing to enforce those agreements which are illegal.

One of the rare instances in which *ex turpi causa* may be helpfully considered is in the context of economic torts. This is best exemplified by *Canada Cement LaFarge Ltd., supra*. There the plaintiff-respondent claimed to have suffered damages as a result of a conspiracy to injure it. The plaintiff-respondent who in the course of its business was allegedly a co-conspirator of the appellants, argued that it had been driven into bankruptcy by the illegal combines activity of the

butés visés par le système de justice pénale; c) accueillir les actions en dommages-intérêts intentées par des demandeurs fautifs aurait pour effet de déconsidérer l’administration de la justice ou de nuire à son fonctionnement. Il y a lieu d’examiner chacune de ces «justifications».

a) *Tirer profit d’une action illégale*

Cette justification est fondée sur la proposition selon laquelle le demandeur ne devrait pouvoir tirer profit de ses propres fautes. À mon avis, ce principe s’applique mieux au droit des contrats qu’au droit de la responsabilité délictuelle. Comme nous l’avons vu, le but principal du droit moderne de la responsabilité délictuelle est de permettre la réparation du préjudice causé par la conduite ou la faute d’autrui. Il vise à rétablir le demandeur dans la situation qui serait la sienne s’il n’y avait pas eu d’acte délictuel. Le «demandeur fautif» qui obtient des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle ne tire pas d’avantage de l’acte fautif; il obtient seulement la réparation d’un préjudice qui s’est produit par suite du manquement à une obligation de diligence à son égard. La faute du demandeur serait prise en considération au moment d’évaluer la part de responsabilité qui lui est attribuable en vertu de la loi sur le partage de la responsabilité applicable.

Les considérations de principe mises de l’avant pour justifier le maintien de la règle *ex turpi causa* constituent le fondement adéquat de son application en droit des contrats. Dans les affaires où les parties ont volontairement conclu un accord destiné à leur apporter des avantages respectifs, les tribunaux sont fondés à refuser de sanctionner les accords illégaux.

L’une des rares situations où l’on peut utilement examiner la maxime *ex turpi causa* est dans le contexte des délits économiques. L’arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée*, précité, en est le meilleur exemple. Dans cette affaire, la demanderesse-intimée soutenait avoir subi des dommages par suite d’un complot en vue de lui nuire. Bien que, dans le cadre de ses affaires, elle aurait conspiré avec les appelantes, elle prétendait maintenant avoir été acculée à la faillite par suite des activités illégales

appellants. Writing for the Court, Estey J. found that the tort of conspiracy was not made out. He went on, however, to consider whether the plaintiff might be barred from claiming against the appellants on the ground that it had also participated in the illegality at issue. In rejecting this argument, Estey J. relied on lack of causation stating that the damages suffered were not linked to the illegality in which the plaintiff had participated. However, Estey J. accepted that had the causal link been present, the respondent would have been barred from recovering (*supra*, at pp. 475 ff.). In his reasons, Estey J. noted the controversy with respect to the application of *ex turpi causa* to tort but went on to state, at p. 479: "If the loss suffered by the respondent was occasioned by his voluntary participation in an illegal transaction, the courts should not come to his assistance."

Of all the cases in which *ex turpi causa* has been considered this one is the most akin to the area in which *ex turpi causa* is properly applied, that is, contract. Essentially, by seeking damages the respondent was trying to recover the profit of its illegal bargain. This is exactly the situation which *ex turpi causa* rightly prevents in the contractual domain. As Estey J. explains, at p. 477:

The benefit falling to the respondent was the opportunity to be the sole supplier of lightweight aggregate to the combine. If the damages which have been suffered by the respondent flowed from its involvement in the illegal combine or from the contracts entered into between the respondent and the appellants affording the opportunity to the respondent to participate in the combine, then these doctrines prevent the respondent's recovery. [Emphasis added.]

Had the causal connection that was lacking in that case been present, then indeed that would seem to be an occasion in which there should not be recovery. Allowing such recovery in this very restricted type of economic tort would not achieve compensation, but rather would permit the plaintiff to acquire illegal profits.

de coalition des appelantes. Dans le jugement qu'il a rendu au nom de la Cour, le juge Estey a conclu que le délit civil de complot n'avait pas été établi. Il a cependant examiné la question de savoir si la demanderesse pouvait être empêchée de poursuivre les appelantes parce qu'elle avait aussi participé au projet illégal en cause. En rejetant cet argument, le juge Estey s'est fondé sur l'absence de lien de causalité; il a déclaré que les préjudices subis n'étaient pas liés aux activités illégales auxquelles la demanderesse avait participé. À son avis toutefois, si l'on avait établi l'existence d'un lien de causalité, l'intimée aurait été empêchée d'obtenir des dommages-intérêts (précité, aux pp. 475 et suiv.). Dans ses motifs, le juge Estey a fait allusion à la controverse au sujet de l'application de la maxime *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle, puis a fait la remarque suivante, à la p. 479: «Si le préjudice qu'a subi l'intimée résulte de sa participation volontaire à un contrat illégal, les cours ne doivent pas lui venir en aide.»

De toutes les affaires où l'on a procédé à l'examen de la maxime *ex turpi causa*, c'est celle qui est la plus apparentée au contexte dans lequel elle est appliqué à bon droit, soit celui du domaine contractuel. Essentiellement, en demandant des dommages-intérêts, l'intimée cherchait à tirer profit de son entente illégale. C'est exactement la situation à laquelle fait obstacle la maxime *ex turpi causa* dans le domaine contractuel. Comme l'explique le juge Estey, à la p. 477:

À l'intimée revenait l'avantage que constituait la possibilité d'être l'unique fournisseur de granulats légers de la coalition. Si le préjudice subi par l'intimée découle de sa participation à la coalition illégale ou de ses contrats avec les appelantes, en vertu desquels elle pouvait participer à la coalition, alors, suivant les principes susmentionnés, l'intimée ne peut réclamer de dommages-intérêts. [Je souligne.]

S'il y avait eu un lien de causalité dans cette affaire, cela aurait vraisemblablement fait obstacle à l'indemnisation. En effet, l'attribution de dommages-intérêts à l'égard de ce type très limité de délit économique n'apporterait pas une réparation, mais permettrait plutôt au demandeur d'obtenir des avantages illégaux.

However, this would be, in my opinion, an instance in which the *volenti* defence will properly apply. This is indeed a situation where a court will be able to find tacit voluntary assumption of risk. When a party enters into an illegal bargain there is clearly an agreement that in the event of an inability to recover illegal profits due to negligence of one of the parties to the illegal agreement, no law suit would be brought. No party to an illegal combine would think that it could sue to recover the profits it should have been able to make from its illegal activities. While it would be inappropriate for profits on illegal bargains to be recoverable in tort when they cannot be recovered in contract, this does not necessitate the retention of the *ex turpi causa* defence in tort. The tortious illegal bargain situation lends itself very conveniently to the application of the *volenti* defence which, appropriately, serves to bar recovery entirely.

However, the profiting from an illegal bargain rationale generally cannot be readily transferred to the realm of tort. The case of *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145 (Irish C.A.), is perhaps a notorious example of the unfairness which results from transferring the doctrine from contract to tort law. In that case a woman sought damages as a result of becoming infected with a venereal disease as a result of what was said to be illicit sexual intercourse. She was denied recovery on the basis that the courts should not provide a remedy for immoral and illegal acts. Yet the woman could in no sense be said to be profiting from her immoral action if she were simply compensated for the physical injury she sustained as a result of contracting the venereal disease. Could it possibly be argued today that a prostitute who became infected with AIDS, by a carrier of that disease who was aware that he or she was a carrier, should be prevented from recovering compensation for contracting AIDS because of the fact that he or she was a prostitute? The better solution would be to provide compensation for the prostitute subject, of course, to a consideration of the effect of any con-

Il s'agirait là toutefois, à mon avis, d'un cas où l'application du moyen de défense *volenti* serait justifiée. Il s'agit en effet d'une situation dans laquelle le tribunal peut discerner une acceptation de risques tacite et volontaire. Lorsqu'une partie conclut une entente illégale, il y a clairement accord pour qu'en cas d'incapacité de tirer des avantages économiques en raison de la négligence de l'une des parties à l'accord illégal, aucune poursuite ne soit intentée. Aucune partie à une coalition illégale n'imaginerait pouvoir engager une action pour obtenir les avantages qu'elle s'attendait à tirer de ses activités illégales. S'il est inconcevable de permettre, en droit de la responsabilité délictuelle, l'obtention de dommages-intérêts fondés sur les avantages escomptés d'ententes illégales qu'il serait impossible d'obtenir en droit des contrats, cela ne nécessite pas pour autant le maintien du moyen de défense *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle. La situation délictuelle de l'entente illégale se prête très bien à l'application du moyen de défense *volenti* qui, à bon droit, est un obstacle absolu à l'indemnisation.

Toutefois, le raisonnement applicable au fait de profiter d'une entente illégale ne peut en général être facilement transféré dans le domaine de la responsabilité délictuelle. L'affaire *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145 (C.A. Irl.), est peut-être un exemple célèbre de l'injustice que peut entraîner le fait de transférer la règle du domaine contractuel au domaine de la responsabilité délictuelle. Dans cette affaire, une femme a intenté une poursuite en dommages-intérêts pour préjudice subi après avoir contracté une maladie transmise sexuellement par suite de relations qualifiées d'illécites. Elle a été déboutée au motif que les tribunaux ne devraient pas accorder de réparation pour des actes immoraux et illégaux. On ne pouvait pourtant prétendre que cette femme tirait profit de son acte immoral si tout ce qu'elle obtenait, c'était d'être dédommée pour le préjudice corporel subi par suite de la maladie vénérienne qu'elle avait contractée. Pourrait-on prétendre aujourd'hui qu'une personne prostituée, devenue sidéenne par suite de rapports sexuels avec une personne séropositive consciente de son état, devrait être déboutée d'une action en dommages-intérêts pour avoir

tributory negligence. This, I hasten to add, would not prevent the prosecution of both parties for any breach of the criminal law they might have committed.

(b) *Reinforcement of Criminal Law*

The second justification put forward for the application of the *ex turpi causa* maxim is that it serves to re-enforce criminal law. According to proponents of this position, the tort system can and should support the workings of the criminal justice system by providing penalties for illegal behaviour. This position should be rejected. A court when sentencing must consider the nature of the crime and the offender and impose a penalty that is appropriate for the crime and the offender all within the limits for sentencing provided by the *Criminal Code*. There does not seem to be any rational basis for a court to impose an additional sanction upon a convicted person by denying what may well be fair and just compensation for injuries received as a result of a tortious act. See Weinrib, *supra*; MacDougall, *supra*; and Gibson, *supra*, at p. 92. In sum it seems unfair and unreasonable to impose a sanction beyond that which has been set out by the *Criminal Code* in the guise of reinforcing criminal law.

(c) *Integrity of the Justice System*

The final justification put forward for the use of the doctrine is that it protects the integrity of the justice system. It is said that use of the *ex turpi causa* defence satisfactorily addresses two concerns. The first concern is that the judicial system's scarce resources should not be employed to allow a plaintiff to recover for injuries suffered during the commission of an illegal or immoral act. Secondly, it would be unseemly for the court to attempt to resolve some of the issues that would arise in such a claim. An example of this last con-

tracté le sida, du seul fait qu'elle est prostituée? La meilleure solution serait de lui accorder des dommages-intérêts, en tenant compte, naturellement, de l'effet de toute négligence contributive. Je m'empresse toutefois de préciser que ceci n'empêcherait pas que les deux parties fassent l'objet de poursuites pénales pour avoir contrevenu aux dispositions du droit pénal.

b) *Appui au droit pénal*

La deuxième justification mise de l'avant à l'égard de l'application de la maxime *ex turpi causa* est que celle-ci sert à appuyer le droit pénal. Selon les tenants de cette position, le système du droit de la responsabilité délictuelle peut et devrait appuyer le fonctionnement du système de justice pénale en prévoyant des peines pour des activités illégales. Cette position devrait être rejetée. Lorsqu'il est appelé à déterminer la peine applicable, le tribunal doit prendre en considération la nature du crime et le contrevenant, et infliger la peine appropriée eu égard au crime et au contrevenant, dans les limites prévues à cette fin par le *Code criminel*. Il n'y a apparemment aucun fondement rationnel pour justifier qu'un tribunal inflige une sanction additionnelle à la personne condamnée en lui refusant ce qui pourrait fort bien être une réparation juste et équitable pour des blessures subies par suite d'un acte délictuel. Voir Weinrib, *loc. cit.*; MacDougall, *loc. cit.*, et Gibson, *loc. cit.*, à la p. 92. En somme, il semble injuste et déraisonnable d'infliger une sanction qui viendrait s'ajouter à celle qui est prévue dans le *Code criminel*, dans le seul but d'appuyer le droit pénal.

c) *Intégrité du système de justice*

La dernière justification avancée à l'appui de cette règle est qu'elle protège l'intégrité du système de justice. On fait valoir que le recours au moyen de défense *ex turpi causa* répond de façon satisfaisante à deux préoccupations. En premier lieu, on veut s'assurer que les ressources limitées du système de justice ne servent pas à aider un demandeur à obtenir une indemnisation pour des préjudices subis pendant qu'il commettait un acte illégal ou immoral. En second lieu, il paraîtrait inconvenant que le tribunal tente de résoudre cer-

cern is set out in *Progress and Properties Ltd. v. Craft*, *supra*, at p. 668, a decision of the High Court of Australia. There Jacobs J. made the following observation:

Where there is a joint illegal activity the actual act of which the plaintiff in a civil action may be complaining as done without care may itself be a criminal act of a kind in respect of which a court is not prepared to hear evidence for the purpose of establishing the standard of care which was reasonable in the circumstances. A court will not hear evidence nor will it determine a standard of care owing by a safe blower to his accomplice in respect of the explosive device.

The concern expressed as to claims put forward which can amount to an abuse of the court processes may well be valid. It was this justification which was considered by Justice Sopinka in his reasons in *Norberg*, *supra*, in which he stated at p. 316:

My colleague refers to the observation of Estey J. that the application of this maxim to defeat a tort action has been rare. Its use has been much less frequent in recent times. The courts have taken a less rigid view of its purpose. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance. In this regard, I agree with the statement of Taylor J. in *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (S.C.), at p. 345:

The purpose of the rule today must be to defend the integrity of the legal system, and the repute in which the courts ought to be held by law-abiding members of the community. It is properly applied in those circumstances in which it would be manifestly unacceptable to fair-minded, or right-thinking, people that a court should lend assistance to a plaintiff who has defied the law.

Yet I wonder if the use of the defence is the best means of protecting the courts. The *ex turpi causa* defence by its very nature invites the pronouncement of arbitrary and personalized conclusions from the bench. W. J. Ford points out the difficulty of applying this concept in "Tort and Illegality:

taines questions qui découleraient d'une telle demande. On peut trouver un exemple de cette seconde préoccupation dans l'arrêt de la High Court d'Australie *Progress and Properties Ltd. c.*

a *Craft*, précité, à la p. 668, où le juge Jacobs a fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a activité illégale conjointe, l'acte même dont peut se plaindre le demandeur dans une action civile en prétendant qu'il a été commis par manque de diligence peut être elle-même un acte criminel à l'égard duquel le tribunal n'est pas disposé à entendre la preuve pour établir la norme de diligence qui était raisonnable dans les circonstances. Le tribunal n'entendra pas de preuve et ne déterminera pas la norme de diligence à laquelle serait tenu un voleur de coffre-fort à l'égard de son complice en ce qui a trait à la manipulation d'un dispositif explosif.

d La préoccupation exprimée quant aux demandes qui peuvent constituer un usage abusif des tribunaux peut fort bien être valide. C'est cette justification que le juge Sopinka a examinée dans l'arrêt *Norberg*, précité, où il a déclaré dans ses motifs, à la p. 316:

e Mon collègue mentionne les propos du juge Estey selon lesquels il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. Ces derniers temps, son utilisation a été beaucoup moins fréquente. Les tribunaux ont adopté une conception moins rigide de son objet. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre. À cet égard, je fais miens les propos du juge Taylor dans l'arrêt *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (C.S.), à la p. 345:

f [TRADUCTION] Aujourd'hui, la règle doit avoir pour objet de défendre l'intégrité du système juridique et la réputation que les tribunaux doivent avoir aux yeux des honnêtes citoyens. Elle est appliquée à bon droit dans les circonstances où il serait manifestement inacceptable pour les personnes impartiales et sensées qu'un tribunal vienne en aide à un demandeur qui a défié la loi.

i Je me demande néanmoins si le recours à ce moyen de défense est la meilleure façon de protéger les tribunaux. De par sa nature même, le moyen de défense *ex turpi causa* est une invitation à l'expression de conclusions arbitraires et personnalisées de la part de la magistrature. W. J. Ford

The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law (Part Two),” *supra*, at p. 184:

While a refusal to entertain actions which would have the effect of shocking the public conscience might be defensible, it is often difficult to distinguish between public and merely judicial outrage, a problem which lends added force to Starke J.’s warning that ‘moral indignation must not be mistaken for public policy’.

Furthermore, compensation should not be looked upon as a judicial approbation of a plaintiff’s illegal activities. Criminal prosecution serves the purpose of expressing judicial and, more importantly, society’s condemnation of the illegal activities.

Let us consider some examples of situations where the plaintiff, although guilty of an immoral or illegal act, was injured by the tortious acts of the defendant and should still recover damages. Take first a *Norberg*-type scenario where drugs were provided by a doctor in return for sexual favours. Clearly the tortious acts of the doctor can be recognized and the plaintiff compensated for them without any risk of the court’s being seen as giving its approval of the drug-abusing behaviour of the plaintiff. Neither the offence of “double doctoring”, of which the plaintiff was guilty in that case, nor any sense of immorality which might be attributed to some of her activities, is relevant to the court’s determination of her tort claim. Any consideration of the culpability of the plaintiff in those circumstances would be irrelevant to the issue of compensation. In a situation in which the plaintiff’s conduct is relevant to the issue of damages, it will be best considered either in the context of contributory negligence or in the admittedly

souligne la difficulté inhérente à l’application de cette notion dans «Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law (Part Two)», *loc. cit.*, à la p. 184:

[TRADUCTION] Même si le refus d’entendre des actions qui auraient pour effet de choquer la conscience publique pouvait être défendable, il est souvent difficile d’établir une distinction entre l’indignation du public et celle de la seule magistrature, problème qui donne plus de force à l’avertissement du juge Starke pour qui «il ne faudrait pas confondre indignation morale et ordre public».

En outre, l’attribution de dommages-intérêts ne devrait pas être perçue comme une approbation judiciaire des activités illégales du demandeur. C’est aux poursuites criminelles qu’il appartient d’exprimer la condamnation des activités illégales par le système judiciaire et, plus important encore, par la société.

Examinons certains exemples de situations dans lesquelles le demandeur, lui-même coupable d’un acte immoral ou illégal, a été lésé par les actes délictueux du défendeur et devrait de ce fait obtenir des dommages-intérêts. Considérons d’abord une situation du type de l’affaire *Norberg* dans laquelle un médecin a fourni des médicaments en échange de faveurs sexuelles. Le tribunal peut clairement reconnaître les actes délictueux du médecin et accepter que la demanderesse en soit dédommagée sans qu’il y ait risque de donner l’impression d’approuver le comportement toxicomane de la demanderesse. Ni l’infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples dont était coupable la demanderesse en l’espèce, ni quelque caractère d’immoralité qui pourrait être attribué à certaines de ses actions ne seraient pertinents à l’égard du litige que le tribunal doit trancher dans son action en responsabilité délictuelle. Tout examen de la culpabilité de la demanderesse dans ces circonstances serait sans rapport avec la question de la réparation. S’il s’agit d’une situation où la conduite du demandeur a une incidence sur la question des dommages-intérêts, il vaudrait mieux l’examiner soit dans le contexte de la négligence contributive soit dans celui, manifestement plus rare, de l’acceptation volontaire du risque de préjudice sus-

rare case of a voluntary assumption of the risk of injury from engaging in the dangerous activity.

Another example is that of the plaintiff who is driving while impaired and is injured by the negligent acts of another or the situation presented in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, *supra*, where the drunken plaintiff was injured while sliding downhill on an innertube. In these examples the culpability of the plaintiff for being impaired while driving a motor vehicle or for being drunk in a public place is irrelevant to the issue of damages for compensation arising out of the tortious acts of others. Once again the impaired driving or drunkenness may be taken into account in considering contributory negligence and in rare circumstances in the voluntary assumption of the risk; yet, unless the plaintiff truly assumed the risk he or she may recover damages. Thus it can be seen that there are many examples of cases in which the Court has awarded compensation although the plaintiff has been guilty of an illegal act.

The extreme example of the claim for damages brought by a bank robber injured in an explosion caused by the negligent handling of the explosives by his partner can be readily resolved and dismissed by the application of public policy considerations.

Further, I do not think that the concern represented by *Progress and Properties Ltd. v. Craft*, *supra*, poses a serious problem. Courts are expected to hear and do in fact hear cases that are frequently unpleasant, unsavoury and sordid. Yet they manage to determine standards of care in the most difficult of circumstances. There does not seem to be any reason for a court to refuse to consider the standard of care on the ground of unseemliness.

Can the "Justifications" be Justified?

None of the three justifications is particularly convincing. A better mechanism for assessing the

ceptible de se produire en raison de l'activité dangereuse.

On peut aussi prendre comme exemple le cas du demandeur qui, conduisant alors que ses facultés sont affaiblies, a été blessé par la négligence d'autrui, ou encore la situation de l'affaire *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, précitée, dans laquelle le demandeur a subi des blessures au cours d'une descente sur une chambre à air alors qu'il était ivre. Dans ces exemples, la culpabilité du demandeur pour conduite avec facultés affaiblies ou pour ivresse dans un lieu public est sans rapport avec la question des dommages-intérêts réclamés en guise de réparation pour les méfaits d'autrui. Encore une fois, la conduite avec facultés affaiblies ou l'ivresse peuvent être prises en considération lorsqu'il s'agit de déterminer la négligence contributive ou, dans de rares circonstances, l'acceptation volontaire du risque, mais, à moins que le demandeur n'ait vraiment assumé le risque, il peut obtenir ses dommages-intérêts. On peut donc constater qu'en bon nombre de cas, le tribunal a fait droit à des demandes de dommages-intérêts même si le demandeur était coupable d'un acte illégal.

Le cas extrême de l'action en dommages-intérêts pour blessures intentée par un cambrioleur de banque contre son complice qui aurait causé une explosion en manipulant des explosifs de façon négligente peut aisément être tranché et rejeté par l'application de considérations d'ordre public.

En outre, je ne pense pas que la préoccupation reflétée dans *Progress and Properties Ltd. c. Craft*, précité, pose un grave problème. De par leur rôle, les tribunaux sont appelés à entendre des affaires qui sont souvent désagréables, plutôt répugnantes et sordides. Malgré cela, ils réussissent à établir des normes de diligence dans les circonstances les plus difficiles. Aucun motif ne semblerait justifier qu'un tribunal refuse d'examiner la norme de diligence parce que cela serait inconvenant.

Les «justifications» sont-elles justifiables?

Aucune des trois justifications n'est particulièrement convaincante. Dans la plupart des actions en

actions of the plaintiff in most tort cases will be by means of either the operation of the appropriate Negligence Act, the application of the *volenti* defence, or in considering whether a duty of care exists.

The Negligence Acts by the principle of apportionment of responsibility are aimed at achieving that fairness which the tort remedy seeks to provide. It might have reasonably been thought that this legislation would spell the end of *ex turpi causa* defence. Yet despite the passage of apportionment legislation, the doctrine of *ex turpi causa* stubbornly and somewhat irrationally has survived. Like many noxious weeds, it appears to be difficult to eradicate.

Some judges have, with good reason, suggested that the doctrine of *ex turpi causa* is not only anachronistic but also has been specifically eliminated by the enactment of apportionment legislation. In *Lewis v. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591, at p. 598, Gould Dist. Ct. J. stated:

It appears to me that in a case to which, by reason of its facts, s. 4 of the *Negligence Act* applies, the Ontario Legislature has quite deliberately substituted for the *ex turpi causa* rule a positive direction that the Court shall make a finding as to the degree of fault or negligence to be attributed to each party and shall apportion the damages accordingly. I realize of course that s. 4 was enacted primarily to do away with the absolute defence formerly available in cases of contributory negligence, but the wording is equally apt in relation to the defence now under discussion, to which the added words "fault or" seem to apply with particular force. The defence *ex turpi causa non oritur actio* seems necessarily to involve a situation where both parties are alleged to be at fault, and so long as it is remembered that s. 4 applies only where the fault of each has contributed to the damages, in my opinion the section leaves no room for the application of the maxim.

MacDougall, *supra*, cites Gould Dist. Ct. J. and agrees at p. 41:

Ex turpi causa is anachronistic in light of the existence of contributory negligence legislation. In fact, the find-

responsabilité délictuelle, on parviendra à mieux évaluer les actions du demandeur en ayant recours à la loi sur le partage de la responsabilité applicable ou au moyen de défense *volenti*, ou en déterminant l'existence d'une obligation de diligence.

Les lois sur le partage de la responsabilité visent à atteindre à l'équité que cherche à réaliser la réparation en responsabilité délictuelle. On aurait pu penser que cette législation entraînerait la disparition du moyen de défense *ex turpi causa*. Et pourtant, malgré l'adoption de dispositions législatives sur le partage de la responsabilité, la règle *ex turpi causa* a survécu obstinément, de façon quelque peu irrationnelle. Comme bon nombre de mauvaises herbes nocives, elle semble être difficile à éliminer.

Certains juges ont dit, avec raison, que la règle *ex turpi causa* est non seulement un moyen anachronique, mais encore un moyen qui a été expressément éliminé par l'adoption de lois sur le partage de la responsabilité. Dans *Lewis c. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591, le juge Gould de la Cour de district a exposé ce qui suit, à la p. 598:

[TRADUCTION] À mon avis, il semble que, dans les cas où les faits justifient que l'on applique l'art. 4 de la Loi [sur le partage de la responsabilité], le législateur ontarien a délibérément voulu remplacer la règle *ex turpi causa* par des directives précises voulant que le tribunal détermine l'importance de la faute ou de la négligence de chacune des parties et qu'il partage la responsabilité en conséquence. Je comprends, bien entendu, que l'art. 4 a été adopté d'abord pour faire échec à la défense absolue que constituait la négligence contributive, mais son libellé vise tout autant le moyen de défense qui nous occupe, auquel les mots ajoutés—«faute ou»—semblent particulièrement s'appliquer. Pour que l'on puisse invoquer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*, il faut nécessairement que l'on présume que les deux parties ont commis une faute, et, dans la mesure où l'on se rappelle que l'art. 4 ne s'applique que lorsque les deux parties ont, par leur faute, contribué aux dommages, cet article nous empêche à mon avis, d'appliquer la maxime.

MacDougall, *loc. cit.*, cite le juge Gould avec approbation, à la p. 41:

[TRADUCTION] La maxime *ex turpi causa* est anachronique eu égard à l'existence de lois sur le partage de la

ing that *ex turpi causa* applies where contributory negligence legislation also applies undermines the purpose of the contributory negligence legislation.

It must be remembered that the finding that a duty of care exists is the crucial first step in the court's consideration of a defendant's negligence. Even when that duty is found to exist it has now been clearly recognized that the issue of public policy will come into play which can provide immunity for the defendant or limit the extent of the duty of care. In those jurisdictions which still maintain the *ex turpi causa* defence in tort, examination shows that the issue of illegality really goes to public policy. See for example, the Australian cases of *Smith v. Jenkins, supra*; *Progress and Properties Ltd. v. Craft, supra*; *Jackson v. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243.

I find support for the position that *ex turpi causa* has no place in the law of tort from the decision of the House of Lords in *National Coal Board v. England*, [1954] 1 All E.R. 546. There Lord Porter wrote at p. 552:

... I cannot believe that a breach of a statutory obligation drafted to ensure the adoption of a careful method of working is a "turpis causa" within the meaning of the rule. Indeed, the adage itself is generally applied to a question of contract, and I am by no means prepared to concede where concession is not required that it applies also to the case of a tort.

See as well, Fleming, *supra*, at p. 278, footnote 1 notes:

1. The maxim "ex turpi causa non oritur actio" is nowadays handled with caution. According to a widely held view, it's sole legitimate function is to deny a plaintiff legal aid for accomplishing an illegal object, like enforcing a contract; at most to preclude him from relying on an illegal transaction necessary to

responsabilité. En fait, la conclusion portant que la maxime *ex turpi causa* s'applique dans les cas où s'appliquent également les lois sur le partage de la responsabilité mine le but même de ces lois.

Il faut se rappeler que la détermination de l'existence d'une obligation de diligence est l'étape initiale et cruciale du processus d'examen judiciaire de la négligence du défendeur. Même une fois cette obligation établie, il est maintenant clairement reconnu que la question de l'ordre public peut entrer en ligne de compte et jouer en faveur du défendeur, en le protégeant de toute responsabilité ou en limitant l'étendue de son obligation de diligence. Dans les endroits où l'on a conservé le moyen de défense *ex turpi causa* en responsabilité délictuelle, on se rend compte que la question de l'illégalité relève du domaine de l'ordre public. Voir par exemple les arrêts australiens *Smith c. Jenkins*; *Progress and Properties Ltd. c. Craft*, précités, *Jackson c. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438, *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243.

La position selon laquelle il n'y a pas de place pour la maxime *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle est selon moi appuyée par la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *National Coal Board c. England*, [1954] 1 All E.R. 546. Lord Porter y écrivait, à la p. 552:

[TRADUCTION] ... je ne puis croire qu'un manquement à une obligation d'origine législative formulée de façon à assurer l'adoption d'une méthode de travail adéquate constitue une «turpis causa» au sens de la règle. En fait, la maxime elle-même est généralement appliquée à des questions du domaine des contrats et je ne suis absolument pas disposé à concéder, là où ce n'est pas nécessaire, qu'elle s'applique aussi à une affaire de responsabilité délictuelle.

Voir également l'ouvrage de Fleming, *op. cit.*, à la p. 278, renvoi 1:

[TRADUCTION] 1. La maxime «ex turpi causa non oritur actio» est employée avec circonspection de nos jours. Selon une opinion largement répandue, sa seule fonction légitime est de refuser au demandeur l'aide du tribunal dans sa recherche d'un objet illégal, comme l'exécution d'un contrat; tout au plus, de l'empêcher de se fonder sur une opération illégale nécessaire pour établir sa demande. Ni l'une ni l'autre fonction n'est

establish his claim. Neither is generally applicable to negligence claims.

G. H. L. Fridman, *supra*, comments at p. 293:

However, the cases which suggest *ex turpi causa non oritur actio* as a ground for rejection of a plaintiff's claim must now be read in the light of the comments and strictures raised by Windeyer, J. in *Smith v. Jenkins*. These must surely make it difficult to accept that maxim as a satisfactory basis for decision-making in this area, if indeed, in the light of the comments of the [*National Coal Board v. England*] case any further critique was necessary.

Glanville Williams, in his *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), says in his chapter "The Scope of the Contributory Negligence Act", at p. 333:

Plaintiff's illegality. The notion that it is an effective riposte in tort to show that the plaintiff was a wrongdoer should long ago have been killed by the arguments of Sir Frederick Pollock; but it has lingered on in some cases, aided by oft-repeated maxims like *Ex turpi causa non oritur actio*.

The law of tort is continuing to grow. It provides a remedy of compensation that can stand on its own. It has no need at this stage of its development to be fettered by the application of somewhat archaic doctrines expressed in Latin maxims. Such maxims, clothed in their Latin mystique, lead to confusion in their definition and application. It would be better if any limitation of the duty of care were recognized in the courts by the application of public policy considerations.

Summary

From this review perhaps some principles and conclusions may be derived.

- (1) The remedy of tort is based upon a concept of compensation arising from a breach of duty. It aims to put the injured party in the

généralement applicable à des actions pour négligence.

G. H. L. Fridman, *loc. cit.*, fait le commentaire suivant à la p. 293:

[TRADUCTION] Toutefois, les décisions qui préconisent que la maxime *ex turpi causa non oritur actio* peut fonder le rejet d'une demande doivent maintenant être interprétées à la lumière des commentaires et des critiques exprimés par le juge Windeyer dans l'arrêt *Smith c. Jenkins*. Par suite de ceux-ci, il est certainement difficile d'accepter cette maxime comme fondement satisfaisant pour trancher en ce domaine si, compte tenu des commentaires faits dans l'arrêt [*National Coal Board c. England*], d'autres critiques étaient encore nécessaires.

Dans son ouvrage *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), Glanville Williams affirme ce qui suit dans le chapitre intitulé «The Scope of the Contributory Negligence Act», aux pp. 333 à 335:

[TRADUCTION] *Illégalité du demandeur*. La notion selon laquelle on peut effectivement débouter le demandeur de son action en responsabilité délictuelle en montrant qu'il était fautif aurait dû être démolie depuis longtemps par les arguments présentés par Sir Frederick Pollock, mais elle a persisté dans certaines affaires, appuyée par des maximes maintes fois répétées comme *ex turpi causa non oritur actio*.

Le droit de la responsabilité délictuelle continue de se développer. Il prévoit un recours en dédommagement qui peut fonctionner de façon autonome. Il n'a pas besoin à cette étape de son développement d'être entravé par l'application de règles quelque peu archaïques exprimées par des maximes latines. De telles maximes, revêtues de leur mystique latine, portent à la confusion dans leur définition et leur application. Il serait préférable que toute limitation de l'obligation de diligence soit reconnue judiciairement par l'application de considérations d'ordre public.

Résumé

Le présent examen permet de tirer certains principes et conclusions:

- 1) Le recours en droit de la responsabilité délictuelle est fondé sur une notion de dédommagement découlant d'un manque-

- same position that he or she would have been in had the tortious act not occurred.
- (2) The remedy is a flexible one that has responded to the problems arising in our increasingly complex society. ^a
- (3) Compensation in tort is based primarily upon a duty of care. Traditionally, the duty of care is said to be present when there is a likelihood of harm arising due to one's actions to a person in a relationship of sufficient legal proximity to give rise to such a duty. ^b ^c
- (4) The notion of legal proximity has been traditionally formulated in terms of whether the risk of harm ought to have been reasonably foreseeable to the defendant. ^d
- (5) This Court has approved the two stage test for considering foreseeability, proximity and duty of care. It is: (i) is there a sufficiently close relationship between the parties so that, in the reasonable contemplation of a party, carelessness on its part might cause damage to another person; if so, (ii) are there any considerations which should negate or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise. ^e ^f ^g
- (6) It has been recognized that this test, particularly the second branch, is broad enough to take into account policy considerations which may in fact negate the existence of a duty of care. ⁱ
- (7) Damages have been awarded in many cases where the plaintiff has been guilty of illegal acts. ^j
- ment à une obligation. Il vise à rétablir la partie lésée dans la position qui serait la sienne si l'acte délictuel n'avait pas eu lieu.
- 2) Il s'agit d'une réparation souple qui s'est adaptée aux problèmes qui surgissent dans notre société de plus en plus complexe.
- 3) Le dédommagement en droit de la responsabilité délictuelle est fondé principalement sur une obligation de diligence. On a traditionnellement reconnu l'existence d'une obligation de diligence lorsqu'il y a un risque que les actions d'une personne causent un préjudice à une autre personne avec laquelle elle a un lien juridique suffisamment étroit pour entraîner une telle obligation.
- 4) La notion de lien juridique étroit a traditionnellement été liée à la question de savoir si le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir le risque de préjudice.
- 5) Notre Cour a approuvé le critère à deux volets permettant de déterminer la prévisibilité, le lien étroit et l'obligation de diligence. Il peut se résumer ainsi: (i) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties pour qu'une partie ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer des dommages à autrui; dans l'affirmative, (ii) y a-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficieraient ou c) les dommages-intérêts auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?
- 6) On a reconnu que ce critère, particulièrement dans son second volet, est suffisamment vaste pour tenir compte de considérations de principe qui peuvent dans les faits annuler l'obligation de diligence.
- 7) Dans bon nombre d'affaires, le demandeur a obtenu des dommages-intérêts même s'il était coupable d'actes illégaux.

- (8) The old common law defence of contributory negligence that stood as an absolute bar to recovery in tort actions has been legislated out of existence. In many cases, two or more parties are responsible for the tortious act and should share responsibility. The Negligence Acts of all the common law provinces provide a basis for a fair assessment and distribution of the liability.
- (9) The defence of *volenti*, which provides a complete bar to recovery, has been confined to a narrow scope by this Court.
- (10) *Volenti* may provide a valid defence in cases of economic tort. See *Canada Cement LaFarge Ltd.*, *supra*.
- (11) The doctrine of *ex turpi causa* should be eliminated from application to tort cases.
- (12) It would be better to consider the issue as a question to be resolved on considerations of public policy.
- 8) L'ancien moyen de défense fondé sur la négligence contributive, qui était reconnu en common law et qui servait d'obstacle absolu à l'indemnisation dans des actions en responsabilité délictuelle, a été supprimé par voie législative. Dans bon nombre de cas, deux ou plusieurs parties sont à l'origine de l'acte délictuel et devraient en partager la responsabilité. Les diverses lois sur le partage de la responsabilité adoptées dans les provinces de common law constituent le fondement d'une évaluation et d'une répartition justes de la responsabilité.
- 9) Notre Cour a restreint à une portée étroite le moyen de défense *volenti* qui permet de faire complètement obstacle à l'indemnisation.
- 10) La règle *volenti* peut être un moyen de défense valide dans des affaires de délit économique. Voir l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée*, précité.
- 11) L'application de la règle *ex turpi causa* devrait être supprimée dans les actions en responsabilité délictuelle.
- 12) Il serait préférable de considérer cette question comme devant être tranchée à la lumière de considérations d'ordre public.

Application of the Principles to this Case

In this case we have two young men, whose ability to drive was impaired, in a high-powered muscle car, on a dark, inclined gravel road which on one side sloped sharply away to a gravel pit. All the ingredients of tragedy were present. The respondent was aware of the difficulties presented in handling his high-powered vehicle. He was aware that the appellant had consumed at least 11 beers over the course of an evening and three in the last hour. He knew of the difficulties of roll-starting his car and that too much gas could all too easily be given to the car. He was not aware that the appellant had even driven his car on another occasion. The respondent, as the owner of the vehicle, was charged with its care and control. In

Application des principes à l'espèce

Il s'agit en l'espèce de deux jeunes gens dont les facultés étaient affaiblies, qui ont conduit une voiture à haute performance sur une route de gravier non éclairée, inclinée et dont un côté donnait abruptement sur une carrière de gravier. Tous les éléments pour qu'une tragédie se produise étaient réunis. L'intimé connaissait les difficultés inhérentes à la conduite de sa voiture à haute performance. Il savait que l'appelant avait consommé au moins 11 bières dans la soirée et trois au cours de la dernière heure. Il était conscient des difficultés que posait le démarrage en côte de sa voiture et du risque d'emballement du moteur. Il ne se rappelait pas que l'appelant ait déjà conduit son automobile. En sa qualité de propriétaire de la voiture, l'intimé

those circumstances he clearly owed a duty to the appellant to refuse to permit him to drive his vehicle. I do not think that it is an “overriding” duty as expressed by the trial judge. Rather it is an application of common sense that one who has the care and control of a vehicle should not permit another person that he or she knows or should know is unfit to drive to take over the control of his or her vehicle. Particularly this is so where the vehicle is high powered, the driving conditions are difficult and the proposed driver is clearly impaired.

There was a breach of the duty owed by the respondent to the appellant when he permitted the appellant to drive the car. Next it must be considered if there is a basis, for public policy reasons, for denying the plaintiff the right to recover all or any part of his claim. To repeat, the defence of *ex turpi causa* should not be applied in tort cases. The issue of “public policy” should not be considered under the archaic Latin rubric of *ex turpi causa* but honestly and frankly under the designation of public policy. In this case there is no basis for the application of the doctrine under any guise.

Even if, contrary to my views, *ex turpi causa* were to be applied, it must be observed that the majority of the Court of Appeal has gone further than any other court in applying the doctrine to a situation where there was not a joint criminal activity. Generally speaking decisions in which the *ex turpi causa* defence has been applied have required the existence of joint illegal conduct by the parties. See for example: *Betts v. Sanderson Estate*, *supra*, *Canada Cement LaFarge Ltd.*, *supra*, *Norberg v. Wynrib*, *supra*, and *Tallow v. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732. The majority allowed the defence based solely on the illegality of the conduct of the plaintiff. This would seem to be contrary to decisions of this court in *Harris v. Toronto Transit Commission*, [1967] S.C.R. 460,

en avait la garde et le contrôle. Dans ces circonstances, il avait clairement à l'égard de l'appellant l'obligation de lui refuser la permission de conduire son automobile. Je ne crois pas qu'il s'agisse d'une obligation [TRADUCTION] «primordiale» comme l'a affirmé le juge de première instance. Il s'agit plutôt d'une notion de bon sens en vertu de laquelle la personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule ne devrait pas en confier le contrôle à une autre personne qui, selon la connaissance qu'il en a ou qu'il devrait en avoir, n'est pas en état de conduire. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une voiture à haute performance, que les conditions de conduite sont difficiles et que les facultés de la personne qui se propose comme conducteur sont manifestement affaiblies.

En permettant à l'appellant de conduire son automobile, l'intimé a manqué à l'obligation de diligence qu'il avait à son égard. Il faut ensuite se demander s'il existe, pour des motifs d'ordre public, des motifs de débouter le demandeur de la totalité ou d'une partie de sa demande. Encore une fois, le moyen de défense *ex turpi causa* ne devrait pas s'appliquer à des actions en responsabilité délictuelle. Il ne faudrait pas examiner la question de «l'ordre public» sous la rubrique archaïque de la maxime latine *ex turpi causa* mais en débattre ouvertement et franchement au titre de l'ordre public. L'espèce n'appelle d'aucune façon l'application de la règle sous quelque forme que ce soit.

Même si, contrairement à ce que je crois, on appliquait la maxime *ex turpi causa*, il faut noter que la majorité de la Cour d'appel est allée plus loin que toute autre cour dans l'application de la règle à une situation où il n'y avait pas d'entreprise criminelle conjointe. En général, les décisions dans lesquelles on a appliqué le moyen de défense *ex turpi causa* ont exigé l'existence d'une conduite illégale conjointe des parties. Voir par exemple *Betts c. Sanderson Estate*, *Ciments Canada LaFarge Ltée*, *Norberg c. Wynrib*, précités, et *Tallow c. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732. La plupart ont accueilli le moyen de défense fondé uniquement sur l'illégalité de la conduite du demandeur. Cela semble aller à l'encontre des décisions de notre Cour dans les arrêts *Harris c.*

and *Miller v. Decker*, [1957] S.C.R. 624, at pp. 627-28. In any event I can see no reason for extending this anachronistic defence. It remains then to determine if recovery should be denied on the grounds of public policy.

If a plaintiff's conduct was in contravention of the law and if this conduct was a factor in producing his injury, he may well be found guilty of contributory negligence or indeed of being the author of his own misfortune. Yet simply because the plaintiff was a wrongdoer does not necessarily mean that he can have no remedy at law for harm done to him. There have been, as we have seen, numerous cases where a plaintiff who has either been impaired while driving or drunk in a public place as in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, *supra*, has been permitted to recover.

There is no reason why the appellant should be prevented from recovering compensation on the grounds of public policy. To permit him to recover would not offend or shock the conscience of reasonable right thinking members of the community fully apprised of the facts.

In sum, public policy should not constitute an absolute bar to the recovery of compensation for the injuries suffered in an accident by an impaired driver.

Apportionment of Liability

The trial judge attributed 75 per cent of the responsibility of the accident to the respondent and 25 per cent to the appellant. I cannot agree with that assessment. Individuals must take responsibility for their actions. It was the appellant who sought permission to drive the vehicle. He must or should have been aware of his impairment. He knew of the powerful nature of the vehicle and the problems involved in roll starting it. He was aware of the dangers presented by the dark inclined gravel road sloping off steeply to the gravel pit on

Toronto Transit Commission, [1967] R.C.S. 460, et *Miller c. Decker*, [1957] R.C.S. 624, aux pp. 627 et 628. Quoi qu'il en soit, je ne vois aucune raison d'étendre ce moyen de défense anachronique. Il reste donc à déterminer s'il y a lieu de rejeter la demande de réparation pour des considérations d'ordre public.

Si le demandeur a contrevenu à la loi et que sa conduite est un facteur qui a contribué au préjudice, il peut fort bien être tenu responsable de négligence contributive ou considéré comme auteur de son propre malheur. Toutefois, le seul fait que le demandeur soit fautif ne signifie pas nécessairement qu'il doit être privé de tout recours judiciaire à l'égard du préjudice qu'il a subi. Nous avons vu que nombre de décisions ont fait droit aux demandes de réparation présentées par des demandeurs qui avaient conduit alors que leurs facultés étaient affaiblies ou qui avaient été ivres dans un lieu public, comme dans l'affaire *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, précitée.

Rien ne justifie que l'appelant soit empêché d'obtenir un dédommagement pour des considérations d'ordre public. La décision de lui accorder réparation ne devrait ni offenser ni choquer la conscience des citoyens sensés et raisonnables qui ont pris connaissance de tous les faits de l'espèce.

Bref, l'ordre public ne devrait pas être un obstacle absolu à l'indemnisation d'un conducteur ayant subi des blessures lors d'un accident, alors que ses facultés étaient affaiblies.

Partage de la responsabilité

Le juge de première instance a attribué 75 pour 100 de la responsabilité de l'accident à l'intimé, et 25 pour 100 à l'appelant. Je ne puis souscrire à cette évaluation. Les personnes doivent assumer la responsabilité de leurs actes. C'est l'appelant qui a demandé la permission de conduire le véhicule. Il devait ou aurait dû être conscient de l'état d'ébriété dans lequel il se trouvait. Il connaissait la puissance de l'automobile et les problèmes inhérents à un démarrage en côte. Il était au courant des dangers que présentait la route de gravier non éclairée

one side. Nevertheless he sought permission to drive the car and obtained it. He must accept responsibility for seeking permission to drive the car and for the manner in which he drove it. In my view, there is little to choose between the negligence of the appellant and that demonstrated by the respondent. The liability should be divided equally between the appellant and the respondent.

Disposition

In the result the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the trial judgment restored but varied to provide for an equal division of liability. The appellant has achieved substantial success in this appeal, and should therefore have his costs here and in the courts below.

Appeal allowed with costs, SOPINKA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Paine, Edmonds, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Carfra & Lawton, Victoria.

donnant abruptement d'un côté sur la carrière de gravier. Malgré cela, il a demandé et obtenu la permission de conduire l'automobile. Il doit accepter la responsabilité qui découle de sa demande de conduire l'automobile et de sa façon de conduire. À mon avis, il est bien difficile de trancher entre la négligence de l'appelant et celle dont a fait preuve l'intimé. La responsabilité devrait être partagée également entre l'appelant et l'intimé.

Dispositif

Le pourvoi est donc accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel infirmé et le jugement de première instance rétabli, avec modification toutefois prévoyant le partage de la responsabilité à parts égales. L'appelant ayant obtenu en grande partie gain de cause dans le présent pourvoi, il devrait avoir droit à ses dépens dans notre Cour et dans toutes les juridictions inférieures.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge SOPINKA est dissident.

Procureurs de l'appelant: Paine, Edmonds, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Carfra & Lawton, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.C. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. C. (R.)

File No.: 23126.

1993: April 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Sexual assault — Victim the accused's minor daughter — Victim 12 years old at time of trial — Testimony given by the victim and by her mother and brother — Accused denied child's evidence — Issue of credibility — Trial judge dismissing en bloc the testimony of accused without giving precise reasons for doing so — No manifest error of law or principle permitting Court of Appeal to intervene and order new trial.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1992), 49 Q.A.C. 37, allowing an appeal and ordering a new trial following conviction by Boyer, J.C.Q. Appeal allowed, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Denis Talbot and Jean-Pierre Proulx, for the appellant.

Gilles Gingras, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

GONTHIER J.—This is an appeal as of right. A majority of us agree with Rothman J.A.'s dissenting reasons in the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the Court of Quebec, Criminal Division, convicting the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **R.C.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. C. (R.)

^b N° du greffe: 23126.

1993: 29 avril.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Agression sexuelle — Victime étant la fille mineure de l'accusé — Victime âgée de 12 ans au moment du procès — Témoignages de la victime, de sa mère et de son frère — Accusé niant le témoignage de l'enfant — Question de crédibilité — Juge du procès ayant rejeté en bloc le témoignage de l'accusé sans donner de motifs précis — Aucune erreur de droit ou de principe manifeste permettant à la Cour d'appel d'intervenir et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

^d ^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1992), 49 Q.A.C. 37, qui a accueilli un appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès à la suite de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Boyer de la Cour du Québec. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Denis Talbot et Jean-Pierre Proulx, pour l'appelante.

^h *Gilles Gingras*, pour l'intimé.

ⁱ Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. Nous partageons à la majorité les motifs de la dissidence du juge Rothman en Cour d'appel. En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est cassé et le jugement de la Cour du Québec, Chambre criminelle,

respondent of the counts charged is upheld, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

déclarant l'intimé coupable des chefs d'accusation reprochés, est maintenu. Les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Judgment accordingly.

a Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Denis Talbot, Valleyfield.

Procureur de l'appelante: Denis Talbot, Valleyfield.

Solicitors for the respondent: Vinet & Lalonde, Salaberry-de-Valleyfield. b

Procureurs de l'intimé: Vinet & Lalonde, Salaberry-de-Valleyfield.

Patrick Slaney *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SLANEY

File No.: 23158.

1993: April 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Five months' systemic delay between charge and committal not unreasonable — Substantial part of delay after committal explained or waived — Balance of delay after committal not unreasonable — Stay of proceedings not justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Cases Cited

Applied: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1992), 99 Nfld. & P.E.I.R. 141, 315 A.P.R. 141, 75 C.C.C. (3d) 385, vacating a stay of proceedings granted by the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 139, 278 A.P.R. 139. Appeal dismissed.

Martin Peters and *Thomas McRae*, for the appellant.

Colin J. Flynn, for the respondent.

Patrick Slaney *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SLANEY

^b N° du greffe: 23158.

1993: 30 avril.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai systémique de cinq mois entre la mise en accusation et le renvoi à procès non déraisonnable — Explication ou renonciation à l'égard d'une grande partie du délai après le renvoi à procès — Reste du délai après le renvoi non déraisonnable — Arrêt des procédures non justifié — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

Lois et règlements cités

^e *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11(b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1992), 99 Nfld. & P.E.I.R. 141, 315 A.P.R. 141, 75 C.C.C. (3d) 385, qui a annulé un arrêt des procédures accordé par la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve (1991), 89 Nfld. & P.E.I.R. 139, 278 A.P.R. 139. Pourvoi rejeté.

Martin Peters et *Thomas McRae*, pour l'appellant.

Colin J. Flynn, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J.—This is an appeal as of right. In our opinion, applying the principles in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, there was no unreasonable delay in this case so as to justify the imposition of a stay pursuant to the provisions of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this respect, we are in agreement with the Court of Appeal of Newfoundland.

Applying the relevant factors, we are of the view that there was a maximum of five months of systemic delay from the time of the charge to committal. This was not unreasonable. Subsequent to committal, the delay to January 16, 1990 was due to the preparation of the transcript of the preliminary hearing. The period from April 6, 1990 to October 22, 1990, was waived by the appellant. Counsel for the appellant consented to the trial date and there is no indication that he was acquiescing in the inevitable. The Crown was entitled to a reasonable time to prepare for the motion which was served on it on October 17, 1990. In our view, a substantial part of the delay subsequent to committal is explained or waived, and the balance, attributable to systemic delay, is not unreasonable.

Assuming, without deciding, that s. 11(b) of the *Charter* applies to appellate proceedings, we are not satisfied that the delay in this case was unreasonable.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Shibley, Righton, Toronto.

Solicitor for the respondent: Colin J. Flynn, St. John's, Newfoundland.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. À notre avis, selon les principes énoncés dans les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, il n'y a pas eu dans la présente affaire de délai déraisonnable qui justifierait un arrêt des procédures en vertu de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de Terre-Neuve sur ce point.

Si l'on applique les facteurs pertinents, nous sommes d'avis qu'il y a eu un délai systémique maximal de cinq mois depuis la mise en accusation jusqu'au renvoi à procès, ce qui n'est pas déraisonnable. Après le renvoi à procès, le délai jusqu'au 16 janvier 1990 était attribuable à la préparation de la transcription de l'enquête préliminaire. L'appellant a renoncé à invoquer la période du 6 avril 1990 au 22 octobre 1990. L'avocat de l'appelant a consenti à la date du procès et rien n'indique qu'il s'agissait d'une reconnaissance de l'inévitable. Le ministère public avait droit à une période raisonnable pour se préparer en vue de la requête qui lui a été signifiée le 17 octobre 1990. À notre avis, il y a une explication ou une renonciation à l'égard d'une grande partie du délai qui a suivi le renvoi à procès, et le reste, attribuable au délai systémique, n'est pas déraisonnable.

À supposer, sans en décider, que l'al. 11b) de la *Charte* s'applique aux procédures en appel, nous ne sommes pas convaincus que le délai était déraisonnable en l'espèce.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Shibley, Righton, Toronto.

Procureur de l'intimée: Colin J. Flynn, St. John's, Terre-Neuve.

Dayco (Canada) Ltd. *Appellant*

v.

National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada) (formerly International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (UAW)) and Howard D. Brown, Arbitrator *Respondents*

INDEXED AS: DAYCO (CANADA) LTD. v. CAW-CANADA

File No.: 22180.

1992: May 7; 1993: May 6.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour relations — Grievance arbitration — Company ending retired workers' benefits derived from expired collective agreement — Union initiating grievance — Whether grievance arbitrable — Whether arbitrator correctly assumed jurisdiction.

Judicial review — Labour Relations Board — Grievance arbitration — Company ending retired workers' benefits derived from expired collective agreement — Union initiating grievance — Whether grievance arbitrable — Whether arbitrator correctly assumed jurisdiction — Whether privative clause applicable — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 44.

Appellant shut down its Hamilton plant in 1983 and permanently closed it in 1985. The company provided certain group insurance benefits to its employees under former collective agreements, the last one of which was signed on April 27, 1983 and expired on April 21, 1985. Prior to the final closing, the company and the union negotiated a shutdown agreement, under which the group insurance benefits for active employees would be discontinued six months after the plant closed. The agreement did not mention the retirees' benefits. The collective agreement was formally terminated on

Dayco (Canada) Ltd. *Appelante*

c.

^a **Syndicat national des travailleurs et des travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada (TCA-Canada) (auparavant**
^b **Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (TUA)) et Howard D. Brown, arbitre** *Intimés*

^c RÉPERTORIÉ: DAYCO (CANADA) LTD. c. TCA-CANADA

N^o du greffe: 22180.

1992: 7 mai; 1993: 6 mai.

^d Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

^e *Relations de travail — Arbitrage de grief — Cessation par une société du versement des avantages des employés retraités découlant d'une convention collective échue — Dépôt d'un grief par le syndicat — Le grief est-il arbitrable? — L'arbitre a-t-il conclu à bon droit qu'il avait compétence?*

^g *Contrôle judiciaire — Commission des relations de travail — Arbitrage de grief — Cessation par une société du versement des avantages des employés retraités découlant d'une convention collective échue — Dépôt d'un grief par le syndicat — Le grief est-il arbitrable? — L'arbitre a-t-il conclu à bon droit qu'il avait compétence? — La clause privative s'applique-t-elle? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 44.*

L'appelante a fermé temporairement son usine de Hamilton en 1983 et l'a fermée définitivement en 1985. La société a accordé à ses employés certains avantages en matière d'assurance collective aux termes d'anciennes conventions collectives, dont la dernière a été signée le 27 avril 1983 et a expiré le 21 avril 1985. Avant la fermeture définitive, la société et le syndicat ont négocié un accord de fermeture aux termes duquel les avantages en matière d'assurance collective destinés aux employés actifs cesseraient six mois après la fermeture de l'usine. L'accord ne mentionnait pas les avan-

May 29, 1985. The pension plan was wound up and an annuity was bought to satisfy the company's outstanding pension obligations.

The company advised all retirees that their benefits would be terminated when the benefits for active employees were to cease under the shutdown agreement. The union lodged a grievance on behalf of the retired workers, demanding reinstatement of the benefits. The company refused to acknowledge this grievance and objected to the arbitrator's jurisdiction. In its opinion, there was no collective agreement in place when the grievance was lodged and it had no obligations to the retired workers on any basis but the collective agreement.

At the arbitration hearing the company renewed its objection to the grievance, and argued that the arbitrator had no jurisdiction because the collective agreement had ended. The arbitrator heard submissions on this point only, and then adjourned the hearing. In a written award, he rejected the company's arguments on jurisdiction, found that the matter before him was arbitrable, and ordered the arbitration to proceed on the merits at a later date. The company applied for judicial review of the arbitrator's decision, and the Divisional Court set aside the award. An appeal to the Court of Appeal was allowed, thus reinstating the arbitrator's award. This appeal raises two issues. The first is the scope of judicial review of the arbitrator's decision. The remaining issue is the correctness of the arbitrator's finding that a promise to pay benefits to retired employees can survive the expiration of the collective agreement in which the promise is made.

The union sought to cross-appeal that portion of the Court of Appeal's order directing that the arbitration proceed before a different arbitrator. That order was made at the request of the company, in the belief that the arbitrator had in effect pre-judged the merits of the case in the course of determining his jurisdiction.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: At this Court, the appellant only challenged the conclusion of the arbitrator on the general proposition that a promise in a collective agreement can survive the expiry of the collective agreement in which the promise is made. In answering the question the arbi-

tages des retraités. La convention collective a été formellement révoquée le 29 mai 1985. Le régime de pension a été liquidé et une rente a été souscrite afin de permettre à la société de s'acquitter de ses obligations en cours en vertu du régime de pension.

La société a avisé tous les retraités que leurs avantages cesseraient à la date de cessation, des avantages accordés aux employés actifs aux termes de l'accord de fermeture. Le syndicat a déposé un grief au nom des retraités, dans lequel il exigeait le rétablissement des avantages. La société a refusé de reconnaître ce grief et s'est opposée à la compétence de l'arbitre. À son avis, aucune convention collective n'était en vigueur au moment où le grief a été déposé et elle n'avait envers les travailleurs retraités aucune autre obligation que celles découlant de la convention collective.

Lors de l'audience d'arbitrage, la société a réitéré son opposition au grief et a fait valoir que l'arbitre n'avait pas compétence à cause de l'expiration de la convention collective. L'arbitre n'a entendu des arguments que sur ce point, puis a ajourné l'audience. Dans une sentence écrite, il a rejeté les arguments de la société sur la compétence, a jugé arbitrable la question dont il était saisi et a ordonné que l'arbitrage sur le fond ait lieu à une date ultérieure. La société a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre et la Cour divisionnaire a annulé la sentence. Un appel devant la Cour d'appel a été accueilli, la sentence arbitrale étant ainsi rétablie. Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est la portée du contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. La deuxième est la justesse de la conclusion de l'arbitre selon laquelle la promesse de verser des prestations aux employés à la retraite peut survivre à la convention collective qui la contient.

Le syndicat a formé un pourvoi incident contre la partie de l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant de confier l'arbitrage à un arbitre différent. Cette ordonnance a été rendue à la demande de la société parce qu'on croyait que l'arbitre avait préjugé du fond de l'affaire en statuant sur sa compétence.

Arrêt: Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Devant nous, l'appelante n'a contesté que la conclusion tirée par l'arbitre au sujet de la proposition générale selon laquelle une promesse peut survivre à la convention collective qui la contient. En répondant à la question, l'arbitre n'a pas agi conformément à sa com-

trator was not acting within his jurisdiction in a strict sense. Rather he was deciding upon jurisdiction and as such was required to be correct.

Courts should, as a matter of policy, defer to the expertise of the arbitrator in questions relating to the interpretation of collective agreements. An arbitrator has jurisdiction *stricto sensu* to interpret the provisions of a collective agreement in the course of determining the arbitrability — i.e., the arbitrator's jurisdiction — of matters under that agreement. But here the viability and subsistence of the collective agreement is challenged. The collective agreement is the foundation of the arbitrator's jurisdiction, and in determining that it exists or subsists, the arbitrator must be correct. If the issue is arbitrable, then the arbitrator has jurisdiction, at least in the limited sense of being empowered to decide that question. The more difficult problem is whether the arbitrator, in making that inquiry, has the right to be wrong. This requires a pragmatic and functional analysis of the appropriate standard of review.

The wording of the precise grant of power in s. 44 of the *Labour Relations Act* is not determinative of the scope of an arbitrator's jurisdiction. In viewing the text of s. 44(2) as a whole, the power to determine arbitrability will for many "matters" connote a grant of jurisdiction *stricto sensu*. When the "matter" must be measured against the collective agreement to determine if it is arbitrable, the arbitrator will have the right to be wrong. This takes account of the entire purpose of the provision, which is to empower the arbitrator to deal with differences between the parties relating to the agreement. Moreover, this is in accord with the arbitrator's core area of expertise. But when there is a dispute over whether the grievance pertains to some other agreement or no agreement at all, then the board must determine its jurisdiction, and it must be correct in so doing.

The conclusions that emerge from the wording of the statute are confirmed by considering the role of the arbitrator within the arbitration scheme established by the Act. The phrase "final and binding upon the parties" in s. 44 has a limited privative effect on the issue in this appeal. Section 44 should be contrasted with the strong and explicit privative clause in s. 108 protecting decisions of the Labour Relations Board. If the legislature had intended to mandate the same judicial deference to an arbitrator as to the board, it could simply have brought the arbitrator under the shelter of s. 108.

pétence au sens strict. Il a statué plutôt sur sa compétence et il ne devait donc pas commettre d'erreur.

Les tribunaux doivent, en principe, s'en remettre à l'expertise de l'arbitre pour ce qui est des questions concernant l'interprétation des conventions collectives. Un arbitre a compétence *stricto sensu* pour interpréter les dispositions d'une convention collective lorsqu'il s'agit de décider si des questions sont arbitrables — c.-à-d., la compétence de l'arbitre — sous le régime de cette convention. Mais, en l'espèce, ce sont la viabilité et la survie de la convention collective qui sont mises en doute. La convention collective est le fondement de la compétence de l'arbitre et celui-ci ne doit pas commettre d'erreur en décidant qu'elle existe ou qu'elle subsiste. Si la question est arbitrable, alors l'arbitre est compétent tout au moins dans le sens restreint qu'il est habilité à trancher cette question. La plus grande difficulté est de savoir si, en faisant cet examen, l'arbitre a le droit de se tromper. Cela exige une analyse pragmatique et fonctionnelle de la norme d'examen appropriée.

La formulation de l'attribution précise de pouvoir à l'art. 44 de la *Loi sur les relations de travail* n'est pas déterminante quant à l'étendue de la compétence d'un arbitre. Compte tenu de l'ensemble du texte du par. 44(2), le pouvoir de statuer sur l'arbitrabilité signifiera, pour bien des questions, l'attribution d'une compétence *stricto sensu*. S'il doit apprécier la question en fonction de la convention collective pour décider si elle est arbitrable, l'arbitre aura le droit de se tromper. Cela tient compte de tout l'objectif de la disposition qui est d'habiliter l'arbitre à régler les différends entre les parties relativement à la convention. De plus, cela correspond au domaine d'expertise fondamental de l'arbitre. Mais en cas de conflit quant à la question de savoir si le grief se rapporte à une autre convention ou s'il ne se rapporte à aucune convention, la Commission doit alors décider si elle est compétente et elle doit le faire sans commettre d'erreur.

Les conclusions qui ressortent du texte de la Loi sont confirmées par l'examen du rôle de l'arbitre dans le régime d'arbitrage établi par la Loi. Les mots «a force de chose jugée et lie les parties» que l'on trouve à l'art. 44 ont un effet privatif limité sur la question soulevée en l'espèce. Il y a lieu de mettre l'art. 44 en contraste avec la clause privative stricte et explicite de l'art. 108 qui protège les décisions de la Commission des relations de travail. Si le législateur avait voulu prescrire la même retenue judiciaire envers un arbitre qu'envers la Commission, il aurait pu simplement faire bénéficier l'arbitre de la protection de l'art. 108.

A consideration of the purpose of arbitration and the expertise of arbitrators indicates that an arbitration board falls towards the lower end of the spectrum of those administrative tribunals charged with policy deliberations to which the courts should defer. Tribunals vested with the responsibility to oversee and develop a statutory regime are more likely to be entitled to judicial deference. The *Labour Relations Act* clearly assigns a general supervisory role to the Ontario Labour Relations Board. In contrast, the arbitrator's role is confined to the resolution of grievances under a collective agreement. The relative expertise of board members and arbitrators must be presumed to be commensurate with the scope of these divergent statutory mandates.

The extent to which the present case turns on questions falling within that area of expertise must be considered. Here, the question to be decided requires consideration of concepts that are analogous to certain common law notions — “vesting” and accrued contractual rights — that fall outside the tribunal's sphere of exclusive expertise. Arbitrators can apply common law concepts but in these matters the arbitrator has no exclusive or unique claim to expertise.

The functional analysis of the jurisdiction of the arbitrator in this case indicates that in deciding whether a collective agreement continues to determine the rights and obligations between the parties, the arbitrator is required to be correct.

With respect to the substantive issue in this appeal, the arbitrator correctly found, as a general proposition, that it is possible for a promise of retirement benefits to survive the expiry of the collective agreement in which it is found. Guidance can be found by reference to certain analogous (and perhaps binding) concepts in the common law of contracts such as the common law notion of termination of a contract. A collective agreement is rather like a contract for a fixed term which expires by mutual agreement at the end of the term. It ceases to have prospective application, but the rights that have accrued under it continue to subsist.

Rights that have accrued under a collective agreement can remain enforceable. The new agreement “displaces” the old one, which is no longer in force. But this is with respect to the current employment relationship, and says nothing about the previously accrued rights of the parties. Nothing differentiates the promise to pay retirement health benefits from promises to pay regular wages or

Un examen de l'objet de l'arbitrage et de l'expertise des arbitres montre qu'un conseil d'arbitrage se situe au bas de l'échelle des tribunaux administratifs chargés de procéder à des délibérations de principe auxquelles les cours de justice devraient s'en remettre. Les tribunaux chargés de surveiller et de développer un régime légal sont plus susceptibles d'avoir droit à la retenue judiciaire. La *Loi sur les relations de travail* attribue clairement un rôle général de surveillance à la Commission des relations de travail de l'Ontario. Par contre, le rôle de l'arbitre est limité au règlement des griefs fondés sur une convention collective. Il faut présumer que l'expertise relative des membres de la Commission et des arbitres est proportionnelle à la portée de ces mandats divergents attribués par la Loi.

Il faut examiner la mesure dans laquelle l'issue de la présente affaire dépend de questions ressortissant à ce domaine d'expertise. Ici, la question à trancher exige l'examen de notions qui sont analogues à certaines notions de common law — «droits acquis» et droits accumulés par contrat — qui sortent du champ d'expertise exclusif du tribunal. Les arbitres peuvent appliquer les notions de common law, mais pour ces questions, l'arbitre ne saurait revendiquer une expertise exclusive ou unique.

L'analyse fonctionnelle de la compétence de l'arbitre en l'espèce indique que l'arbitre ne doit pas commettre d'erreur en décidant si une convention collective continue de déterminer les droits et les obligations des parties.

En ce qui concerne la question de fond en l'espèce, l'arbitre a conclu à bon droit que, d'une façon générale, il est possible que la promesse de prestations de retraite survive à la convention collective dans laquelle elle figure. On peut s'inspirer de certaines notions analogues (qui nous lient peut-être) tirées des règles de common law en matière contractuelle comme la notion de common law de l'expiration du contrat. Une convention collective ressemble plutôt à un contrat à durée déterminée qui, à l'échéance, expire par consentement mutuel. Ce contrat n'est plus susceptible d'application future, mais les droits qui se sont accumulés sous son régime subsistent.

Les droits accumulés en vertu d'une convention collective peuvent demeurer exécutoires. La nouvelle convention «remplace» l'ancienne qui n'est plus en vigueur. Mais cela concerne les relations de travail actuelles et ne dit rien au sujet des droits déjà accumulés par les parties. Rien ne différencie la promesse de verser des prestations-maladie aux retraités des promesses de verser un

vacation pay. All of these can be enforced after the termination of the agreement.

The first step in analyzing the arbitrability of an expired collective agreement is to determine the general question of whether expiry forecloses the ability of parties to grieve matters that arose during the currency of the agreement. The proper focus is to examine when the rights being grieved had accrued, not the time of breach. The term "vested" must be taken to mean only that vested rights are not automatically extinguished by the expiry of the collective agreement. Vesting in this context says nothing of the ultimate indefeasibility or inviolability of the rights. This "weak form" of vesting is sufficient to determine the result in this case. Since the retirement benefits here were not withdrawn by any subsequent agreement between the parties, there was no opportunity for the retroactive extinguishment of the rights which accrued under the expired agreement. The second phase of the arbitrator's analysis was really just an application of the general principle to the specific case of retirees' benefits.

American and Canadian jurisprudence indicates that retirement benefits are in the nature of accrued rights and those may (depending on the terms of the agreement) vest. The time of retirement is the time when certain rights granted under a collective agreement vest. The vested rights can be enforced by union grievance on behalf of retirees.

Retired workers fall outside the bargaining unit and are thereby excluded from the collective bargaining process. Statutory vesting protections have been extended to pension plans, but not welfare plans. The question of vested welfare benefits is to be determined by the contracting parties. While the retirees are outside the collective bargaining process, unions can (and frequently do) bargain on behalf of retired workers. But this does not affect the status of vesting. The American notion of retirement benefits as a permissive subject of bargaining, which either party to the negotiations can refuse to discuss, is largely irrelevant to the status of vesting of retirees' benefits. Vesting is determined by the contractual agreement between the parties, not the subsequent bargaining between them. In practical terms, vested rights are protected by the right to grieve the expired collective agreement, not by control over the subsequent bargaining process. An intention to vest benefits can be

salaire régulier ou d'accorder des vacances payées. Elles peuvent toutes être mises à exécution après la fin de la convention.

La première étape de l'analyse de l'arbitrabilité d'une convention collective expirée consiste à trancher la question générale de savoir si cette expiration empêche les parties de déposer un grief relatif à des faits qui se sont produits pendant la durée de la convention. Il convient de se concentrer sur le moment où les droits qui font l'objet du grief ont été accumulés et non sur le moment de la violation. Il faut considérer que le mot «acquis» signifie seulement que les droits acquis ne sont pas automatiquement éteints à l'expiration de la convention collective. L'acquisition de droits dans ce contexte n'a aucun rapport avec leur irrévocabilité ou leur inviolabilité ultime. Cette «forme diluée» de droits acquis est suffisante pour déterminer le résultat dans la présente affaire. Puisque les parties en l'espèce n'ont pas supprimé les prestations de retraite dans une convention ultérieure, les droits accumulés en vertu de la convention expirée n'ont pu être éteints rétroactivement. Le deuxième volet de l'analyse de l'arbitre n'était en réalité qu'une application du principe général au cas particulier des prestations de retraite.

La jurisprudence américaine et canadienne indique que les prestations de retraite participent de droits accumulés et que le droit à ces prestations (tout dépendant des conditions de la convention) peut devenir acquis. La date de la retraite est la date à laquelle certains droits accordés par une convention collective deviennent acquis. Les droits acquis peuvent être exécutés au moyen d'un grief déposé par le syndicat au nom des retraités.

Les retraités ne font pas partie de l'unité de négociation et sont donc exclus du processus de la négociation collective. Les régimes de pension mais non les régimes de prestations sociales sont protégés par des dispositions législatives en matière de droits acquis. Ce sont les parties contractantes qui doivent trancher la question du droit acquis à des prestations sociales. Même si les retraités sont exclus du processus de la négociation collective, les syndicats peuvent négocier en leur nom (et ils le font souvent). Toutefois, cela n'influe pas sur la question des droits acquis. La notion américaine selon laquelle les prestations de retraite sont des sujets de négociation facultatifs dont chaque partie aux négociations peut refuser de discuter, n'a dans une large mesure rien à voir avec la question des droits acquis en matière d'avantages accordés aux retraités. L'acquisition de droits est fonction de la convention contractuelle conclue par les parties et non des négociations ultérieures

inferred as the retirees would not have wanted their benefits to depend upon the goodwill of the parties during future collective bargaining. This inference, as one measure of the context in which bargaining took place between the parties, is a useful tool that can be employed by arbitrators in Canada on a case-by-case basis.

The range of remedial choices available to individual retired workers may be the one area where there may be a crucial difference in the nature (but not the existence) of vested retirement benefits in Ontario as compared to the United States. Canadian retirees may find themselves in possession of a right without a remedy. The grievance procedure may be foreclosed because retirees may not be entitled to bring a claim against the union for unfair representation, as such rights in Ontario appear to be limited to current members of the bargaining unit. Ontario's *Rights of Labour Act* may foreclose the possibility of a court action by the retirees. There may be means for retirees to surmount these remedial roadblocks, but these need not be determined here because the union has brought the grievance for the retirees. The arbitrator was correct that retirement rights can, if contemplated by the term of the collective agreement, survive the expiration of that agreement, and that such rights vest at the time of retirement. The arbitrator should proceed to determine whether the terms of the specific agreement create such a vested right.

The cross-appeal was not argued during oral submissions to this Court and, in the absence of an order granting leave to cross-appeal, the issue was not properly before the Court. The cross-appeal could not therefore be considered.

Per Cory J.: The three basic grounds for judicial review provide protection for the parties from decisions made without jurisdiction, from patently unreasonable decisions and from failure to provide procedural fairness. As a general rule, they allow the whole system for the resolution of labour disputes to function expeditiously, simply and as inexpensively as possible.

auxquelles elles se sont livrées. En pratique, les droits acquis sont protégés par le droit de déposer un grief relatif à la convention collective expirée, et non par un droit de regard sur le processus de négociation ultérieur. L'intention que des avantages soient acquis peut être inférée parce que les retraités n'auraient pas voulu que leurs avantages dépendent de la bonne volonté des parties lors de négociations collectives ultérieures. Cette inférence, comme moyen d'apprécier le contexte dans lequel les parties ont négocié, est un outil utile que les arbitres peuvent utiliser au Canada de façon ponctuelle.

La gamme de recours dont disposent les retraités pris individuellement peut constituer le seul domaine où il peut y avoir une différence cruciale dans la nature (mais non l'existence) du droit acquis à des prestations de retraite en Ontario et aux États-Unis. Il est possible que les retraités canadiens se trouvent en possession d'un droit qu'ils ne peuvent faire exécuter. La procédure des griefs peut leur être interdite parce qu'ils risquent de ne pas avoir le droit de porter contre le syndicat une plainte de représentation inéquitable, puisque ce droit semble être réservé, en Ontario, aux membres actuels de l'unité de négociation. La *Loi sur les droits syndicaux* de l'Ontario peut écarter la possibilité pour les retraités d'intenter une action en justice. Il peut y avoir des moyens pour les retraités de surmonter ces obstacles qui les empêchent d'obtenir réparation, mais il n'est pas nécessaire de les déterminer ici parce que le syndicat a déposé le grief au nom des retraités. L'arbitre a eu raison de conclure que les droits accordés aux retraités peuvent, si les conditions d'une convention collective le stipulent, survivre à cette convention, et que ces droits deviennent acquis à la date où l'employé prend sa retraite. L'arbitre devrait déterminer si les conditions de la convention particulière créent un tel droit acquis.

Le pourvoi incident n'a pas été débattu durant les plaidoiries devant notre Cour et, en l'absence d'une ordonnance accordant l'autorisation de former un pourvoi incident, la Cour n'a pas été saisie régulièrement de la question. Par conséquent, le pourvoi incident ne pouvait pas être examiné.

Le juge Cory: Les trois justifications fondamentales du contrôle judiciaire protègent les parties contre les décisions rendues en l'absence de compétence, contre les décisions manifestement déraisonnables et contre le défaut d'assurer l'équité en matière de procédure. En règle générale, ils permettent à l'ensemble du système de règlement des conflits de travail de fonctionner aussi expéditivement, simplement et économiquement que possible.

The arbitrator here had to be correct in his decision as to whether or not he had jurisdiction to resolve the question before him and the court had to intervene if he erred in this respect. It was not necessary to consider the standard of review by the courts of an arbitrator's decision on the merits because this case turned on the jurisdictional issue. Given jurisdiction, a court can only intervene if the decision reached was patently unreasonable. This deference has also been accorded to arbitrators acting in the same field. Decisions whether made by tribunals, boards or arbitrators, should be final and binding unless patently unreasonable. No distinction as to the deference given should be drawn between "final and conclusive" and "final and binding". Litigation as to whether a privative clause is more privative or less privative should not be encouraged. The rules as to court review should remain simple, straightforward and easy to follow.

Per Lamer C.J.: The reasons of La Forest J. were agreed with, except as regards the effect of "quasi-privative clauses"; the reasons of Cory J. were agreed with in that regard.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 846, reversing (1976), 13 O.R. (2d) 56; **considered:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Re Goodyear Canada Inc. and United Rubber Workers, Local 232* (1980), 28 L.A.C. (2d) 196; *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E., Loc. 43* (1990), 69 D.L.R. (4th) 268; *Genstar Chemical Ltd. v. I.C.W.U., Local 721*, [1978] O.L.R.B. Rep. 835; *Re Red River Division Association No. 17 and Red River School Division No. 17* (1972), 25 D.L.R. (3d) 106; *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964); *U.A.W. v. Yard-Man, Inc.*, 716 F.2d 1476 (1983), *certiorari* denied, 465 U.S. 1007 (1984); *Canadian Paperworkers Union v. Pulp and Paper Industrial Relations Bureau* (1977), 77 C.L.L.C. 675; **distinguished:** *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962; **referred to:** *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Re Bricklayers' &*

En l'espèce, l'arbitre devait juger correctement s'il était compétent pour trancher la question dont il était saisi et la cour devait intervenir s'il commettait une erreur à cet égard. Il n'était pas nécessaire d'examiner la norme qui s'applique au contrôle par les cours de justice de la décision d'un arbitre sur le fond parce que l'issue de l'affaire dépendait de la question de compétence. S'il y a compétence, une cour de justice ne peut intervenir que si la décision rendue est manifestement déraisonnable. On a également fait preuve de cette retenue envers les arbitres qui œuvrent dans le même domaine. Les décisions rendues par des tribunaux, des commissions ou des arbitres devraient être finales et exécutoires à moins d'être manifestement déraisonnables. Aucune distinction quant à la retenue dont il faut faire preuve ne devrait être établie entre les termes «définitives» et «a force de chose jugée et lie les parties». Il n'y a pas lieu d'encourager les litiges qui portent sur la question de savoir si une clause privative est plus ou moins privative. Les règles applicables au contrôle judiciaire devraient être simples, directes et faciles à suivre.

Le juge en chef Lamer: Les motifs du juge La Forest sont acceptés sauf en ce qui concerne l'effet des «clauses quasi-privatives»; les motifs du juge Cory sont acceptés à cet égard.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 846 infirmant (1976), 13 O.R. (2d) 56; **arrêts examinés:** *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Re Goodyear Canada Inc. and United Rubber Workers, Local 232* (1980), 28 L.A.C. (2d) 196; *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E., Loc. 43* (1990), 69 D.L.R. (4th) 268; *Genstar Chemical Ltd. c. I.C.W.U., Local 721*, [1978] O.L.R.B. Rep. 835; *Re Red River Division Association No. 17 and Red River School Division No. 17* (1972), 25 D.L.R. (3d) 106; *John Wiley & Sons, Inc. c. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964); *U.A.W. c. Yard-Man, Inc.*, 716 F.2d 1476 (1983), *certiorari* refusé, 465 U.S. 1007 (1984); *Canadian Paperworkers Union c. Pulp and Paper Industrial Relations Bureau* (1977), 77 C.L.L.C. 675; **distinction d'avec l'arrêt:** *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962; **arrêts mentionnés:** *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada c.*

- Masons' Union, Local 1, and Wilchar Construction Ltd.* (1962), 12 L.A.C. 347; *Re Fortune Footwear and United Textile Workers of America, Local 369* (1980), 25 L.A.C. (2d) 350; *Re Carpenters' District Council of Toronto and Vicinity and Engineering Structures and Components* (1978), 19 O.R. (2d) 445; *Re Bell Canada and Communication Workers of Canada* (1980), 27 L.A.C. (2d) 163; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Re De Havilland Aircraft and United Automobile Workers* (1976), 13 L.A.C. (2d) 401; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *In re De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and U.A.W., Local 112* (1950), 2 L.A.C. 465; *Re United Steelworkers, Local 5951, and Medland Enterprises Ltd.* (1963), 14 L.A.C. 55; *Re International Chemical Workers, Local 564, and Cyanamid of Canada Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 111; *Re Ontario Public Service Employees Union and The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 474; *Re Communications Union Canada and Bell Canada* (1979), 23 O.R. (2d) 701; *Hamilton Civic Hospitals v. Canadian Union of Public Employees, Local 794*, [1983] O.L.R.B. Rep. 371; *NOA v. Burns Meats Ltd.* (1986), 74 A.R. 352; *Chemical and Alkali Workers v. Pittsburgh Plate Glass Co.*, 404 U.S. 157 (1971); *United Food and Commercial Workers Int'l Union v. Dubuque Packing Co.*, 756 F.2d 66 (1985); *Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.*, 836 F.2d 1512 (1988), *certiorari* denied, 489 U.S. 1051 (1989); *Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.*, 727 F.2d 177 (1984), rehearing en banc, 752 F.2d 1293 (1988), *certiorari* denied, 471 U.S. 1102 (1985); *Schneider Moving & Storage Co. v. Robbins*, 466 U.S. 364 (1984); *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, affirming (1982), 142 D.L.R. (3d) 678; *Turner v. Teamsters*, 604 F.2d 1219 (1979); *Bower v. Bunker Hill Co.*, 725 F.2d 1221 (1984); *U.A.W. v. Cadillac Malleable Iron Co.*, 728 F.2d 807 (1984); *United Paperworkers v. Champion International Corp.*, 908 F.2d 1252 (1990); *Keffer v. H. K. Porter Co.*, 872 F.2d 60 (1989); *United Steelworkers of America v. Connors Steel Co.*, 855 F.2d 1499 (1988); *Ryan v. Chromalloy American Corp.*, 877 F.2d 598 (1989); *Merk v. Jewel Companies, Inc.*, 848 F.2d 761 (1988); *Cominco Pensioners Union and Cominco Ltd.*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 322; *Re Coulter Manufacturing Ltd.* (1972), 1 L.A.C. (2d) 426; *Century Brass Products, Inc. v. U.A.W.*, 795 F.2d 265 (1986); *Philip Carey Mfg. Co. v. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Re Bricklayers' & Masons' Union, Local 1, and Wilchar Construction Ltd.* (1962), 12 L.A.C. 347; *Re Fortune Footwear and United Textile Workers of America, Local 369* (1980), 25 L.A.C. (2d) 350; *Re Carpenters' District Council of Toronto and Vicinity and Engineering Structures and Components* (1978), 19 O.R. (2d) 445; *Re Bell Canada and Communication Workers of Canada* (1980), 27 L.A.C. (2d) 163; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Re De Havilland Aircraft and United Automobile Workers* (1976), 13 L.A.C. (2d) 401; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *In re De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and U.A.W., Local 112* (1950), 2 L.A.C. 465; *Re United Steelworkers, Local 5951, and Medland Enterprises Ltd.* (1963), 14 L.A.C. 55; *Re International Chemical Workers, Local 564, and Cyanamid of Canada Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 111; *Re Ontario Public Service Employees Union and The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 474; *Re Communications Union Canada and Bell Canada* (1979), 23 O.R. (2d) 701; *Hamilton Civic Hospitals c. Canadian Union of Public Employees, Local 794*, [1983] O.L.R.B. Rep. 371; *NOA c. Burns Meats Ltd.* (1986), 74 A.R. 352; *Chemical and Alkali Workers c. Pittsburgh Plate Glass Co.*, 404 U.S. 157 (1971); *United Food and Commercial Workers Int'l Union c. Dubuque Packing Co.*, 756 F.2d 66 (1985); *Anderson c. Alpha Portland Industries, Inc.*, 836 F.2d 1512 (1988), *certiorari* refusé, 489 U.S. 1051 (1989); *Anderson c. Alpha Portland Industries, Inc.*, 727 F.2d 177 (1984), nouvelle audition in banco, 752 F.2d 1293 (1988), *certiorari* refusé, 471 U.S. 1102 (1985); *Schneider Moving & Storage Co. c. Robbins*, 466 U.S. 364 (1984); *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, confirmant (1982), 142 D.L.R. (3d) 678; *Turner c. Teamsters*, 604 F.2d 1219 (1979); *Bower c. Bunker Hill Co.*, 725 F.2d 1221 (1984); *U.A.W. c. Cadillac Malleable Iron Co.*, 728 F.2d 807 (1984); *United Paperworkers c. Champion International Corp.*, 908 F.2d 1252 (1990); *Keffer c. H. K. Porter Co.*, 872 F.2d 60 (1989); *United Steelworkers of America c. Connors Steel Co.*, 855 F.2d 1499 (1988); *Ryan c. Chromalloy American Corp.*, 877 F.2d 598 (1989); *Merk c. Jewel Companies, Inc.*, 848 F.2d 761 (1988); *Cominco Pensioners Union and Cominco Ltd.*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 322; *Re Coulter Manufacturing*

N.L.R.B., 331 F.2d 720 (1964), *certiorari* denied, 379 U.S. 888 (1964).

By Cory J.

Referred to: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 S.C.R. 74; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768.

Statutes and Regulations Cited

Employee Retirement Income Security Act, 29 U.S.C. §§ 1001, 1051, 1053. *a*
Labor Management Relations Act, 29 U.S.C. §§ 185(a), 301.
Labour Code, S.B.C. 1973 (2nd), c. 122.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 44, 103, 107, 108. *e*
National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 159(a).
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 10, 35-38, 75.
Rights of Labour Act, R.S.O. 1980, c. 456, s. 3(3). *f*
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 29(2), am. by SOR/88-247.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
 Adell, B. L. *The Legal Status of Collective Agreements in England, The United States and Canada*. Kingston, Ont.: Queen's University Industrial Relations Centre, 1970. *h*
 Anson, William R. *Anson's Law of Contract*, 26th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1984.
 Atiyah, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. *i*
 Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992.
 Palmer, Earl Edward, and Bruce Murdoch Palmer. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1991. *j*

Ltd. (1972), 1 L.A.C. (2d) 426; *Century Brass Products, Inc. c. U.A.W.*, 795 F.2d 265 (1986); *Philip Carey Mfg. Co. c. N.L.R.B.*, 331 F.2d 720 (1964), *certiorari* refusé, 379 U.S. 888 (1964).

^a Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768. *c*

Lois et règlements cités

Employee Retirement Income Security Act, 29 U.S.C. §§ 1001, 1051, 1053. *a*
Labor Management Relations Act, 29 U.S.C. §§ 185(a), 301.
Labour Code, S.B.C. 1973 (2nd), ch. 122.
Loi sur les droits syndicaux, L.R.O. 1980, ch. 456, art. 3(3). *e*
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 10, 35 à 38, 75.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 44, 103, 107, 108. *f*
National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 159(a).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(2), mod. par DORS/88-247.

g Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
 Adell, B. L. *The Legal Status of Collective Agreements in England, The United States and Canada*. Kingston, Ont.: Queen's University Industrial Relations Centre, 1970.
 Anson, William R. *Anson's Law of Contract*, 26th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1984.
 Atiyah, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. *i*
 Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992.
 Palmer, Earl Edward, and Bruce Murdoch Palmer. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1991. *j*

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal (with the direction that the matter be continued before another arbitrator) (1990), 74 O.R. (2d) 648, 40 O.A.C. 219, 73 D.L.R. (4th) 718, 90 C.L.L.C. ¶ 14,040, 47 Admin. L.R. 1, from a judgment of the Divisional Court (1987), 61 O.R. (2d) 207, 42 D.L.R. (4th) 456, quashing an arbitrator's award. Appeal and cross-appeal dismissed.

H. Lorne Morphy, Q.C., Geoffrey D. Creighton and Mark E. Geiger, for the appellant and H. Lorne Morphy, Q.C., in response on the cross-appeal.

Lennox A. MacLean, Q.C., for the respondents and G. James Fyshe on the cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—I concur in the reasons of Justice La Forest, except as regards the effect of what some have coined as being “quasi-privative clauses”, as a result of language such as “final and conclusive” or “final and binding” when referring to the tribunals’ decisions, where I agree with Justice Cory.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal considers whether a labour arbitrator has jurisdiction to hear a grievance over benefits for retired workers despite the expiry of the collective agreement by which those benefits were created. The substantive issue to be determined is the status of retirement benefits upon the expiration of a collective agreement. A second issue is the scope of judicial review of the arbitrator's finding that he had jurisdiction pursuant to s. 44 of Ontario's *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel (et ordonné que l'affaire se poursuive devant un autre arbitre) (1990), 74 O.R. (2d) 648, 40 O.A.C. 219, 73 D.L.R. (4th) 718, 90 C.L.L.C. ¶ 14,040, 47 Admin. L.R. 1, interjeté contre un jugement de la Cour divisionnaire (1987), 61 O.R. (2d) 207, 42 D.L.R. (4th) 456, qui avait annulé une sentence arbitrale. Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

H. Lorne Morphy, c.r., Geoffrey D. Creighton et Mark E. Geiger, pour l'appelante, et H. Lorne Morphy, c.r., en réponse lors du pourvoi incident.

Lennox A. MacLean, c.r., pour les intimés, et G. James Fyshe lors du pourvoi incident.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Je souscris aux motifs du juge La Forest, sauf que je partage l'avis du juge Cory en ce qui concerne l'effet de ce que certains ont qualifié de «clauses quasi privatives», en raison de l'emploi de mots comme «définitives» et «à force de chose jugée et lie les parties» en parlant des décisions du tribunal.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si, en matière de relations du travail, un arbitre est compétent pour entendre un grief concernant des avantages accordés à des retraités malgré l'expiration de la convention collective créant ces avantages. La question de fond est de savoir ce qui advient des prestations de retraite quand la convention collective est échue. La deuxième question à trancher est la portée du contrôle judiciaire de la conclusion de l'arbitre qu'il avait compétence conformément à l'art. 44 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228.

Background

The appellant, Dayco (Canada) Ltd., operated a factory in Hamilton. In 1985 it transferred its operations to Mexico, and the Hamilton plant was closed. The work force at the plant had been represented by the respondent union since 1965, when the first of a series of biennial collective agreements had been signed. The last of these agreements was signed on April 27, 1983 and expired on April 21, 1985. Under this and previous agreements, the company provided certain group insurance benefits to its employees. The relevant provision of the last agreement is article 60:

60. GROUP INSURANCE

Subject to the provisions hereof, the Company agrees to make available to employees who have personally worked at least thirty (30) days for the Company and who are actually on active payroll of the Company, but only while such employees are not on strike, lay-off, sick leave or other leave of absence, a so-called "Group Insurance Plan" to be financed by the Company Such Group Insurance Plan shall incorporate substantially the following schedule of benefits for the participating employees only;

[A list of eight benefits follows, two of which are life insurance and accidental death and dismemberment insurance. The list takes the form of subsections (i) to (viii). They are followed by subsection (ix) in the following form:]

(ix) The Company agrees to provide all retirees with a paid-up \$2,500.00 Life and Accidental Death and Dismemberment policy, and other benefits negotiated, unless coverage is provided by the Government.

By virtue of Article 60(ix), retired workers received not only the insurance policy explicitly mentioned, but also four of the other group insurance benefits provided to current employees: OHIP, semi-private hospital coverage, extended health care, and dental insurance. The company also established, in a separate document, a pension

Historique

L'appelante Dayco (Canada) Ltd. exploitait une usine à Hamilton. En 1985, elle a transféré ses activités au Mexique et l'usine de Hamilton a été fermée. Le personnel de l'usine était représenté par le syndicat intimé depuis 1965, année pendant laquelle la première d'une série de conventions collectives de deux ans avait été signée. La dernière de ces conventions a été signée le 27 avril 1983 et a expiré le 21 avril 1985. Dans cette convention et celles qui l'ont précédée, la société a accordé à ses employés certains avantages en matière d'assurance collective. La clause pertinente de la dernière convention est l'art. 60:

[TRADUCTION] 60. ASSURANCE COLLECTIVE

Sous réserve des dispositions contenues aux présentes, la société s'engage à mettre à la disposition des employés qui ont travaillé pendant au moins trente (30) jours pour la société et dont le nom figure sur la liste de paie des employés actifs de la société, mais seulement pendant qu'ils ne sont pas en grève, en disponibilité, en congé de maladie ou autre congé, un régime dit «Régime d'assurance collective» financé par la société [. . .] Ce Régime d'assurance collective comprendra, pour l'essentiel, la liste suivante d'avantages destinés aux employés participants seulement;

[Suit une liste de huit avantages, dont deux consistent en une assurance sur la vie et une assurance en cas de décès et de mutilation accidentels. La liste comprend les alinéas (i) à (viii). Puis vient l'alinéa (ix), qui est ainsi conçu:]

(ix) La société s'engage à fournir à tous les retraités une police libérée d'assurance sur la vie et d'assurance en cas de décès et de mutilation accidentels, de 2 500 \$, et d'autres avantages négociés, sauf si une protection est déjà fournie par le gouvernement.

En vertu de l'al. 60(ix), les retraités bénéficiaient non seulement de la police d'assurance mentionnée expressément, mais encore de quatre des autres avantages accordés aux employés actuels, en matière d'assurance collective: Régime d'assurance-maladie de l'Ontario, couverture des frais d'hospitalisation en chambre semi-privée, assurance-maladie complémentaire et régime de soins dentaires. Dans un document distinct, la société a également établi un régime de pension pour les

plan for retirees. This plan was incorporated by reference into the collective agreement.

In October 1983 the Hamilton factory was shut down, and was permanently closed in January 1985. Prior to the final closing, the company and the union negotiated a shutdown agreement, under which the group insurance benefits for active employees would be discontinued six months after the plant closed. However, the agreement did not mention the retirees' benefits. The collective agreement was formally terminated on May 29, 1985, after compliance with the procedures prescribed by the *Labour Relations Act* ("the Act"). At the same time the pension plan was wound up, and an annuity was purchased to satisfy the company's outstanding pension obligations.

Two days later, the company advised all retirees that their benefits under Article 60(ix) would be terminated as of June 30, 1985, the same day the benefits for active employees were to cease under the shutdown agreement. The union lodged a grievance on behalf of the retired workers, demanding reinstatement of the benefits. The company refused to acknowledge this grievance, because "there was no collective agreement in place at the time the said grievance was lodged, and the Company has no obligations to these retirees on any other basis." Despite this position, the company did subsequently provide the \$2500 policy explicitly referred to in Article 60(ix). In the result, only the "other benefits negotiated" under Article 60(ix) remained in dispute.

The union took the grievance to arbitration, as contemplated by articles 20 and 21 of the collective agreement, which read:

20. ARBITRATION

Each employee grievance which is not settled by the grievance procedure shall, at the request of either the Company or the Union . . . be submitted for arbitration to an arbitrator to be selected as hereinafter provided.

retraités. Ce régime a été incorporé par renvoi à la convention collective.

En octobre 1983, l'usine de Hamilton a été fermée temporairement, laquelle fermeture est devenue définitive en janvier 1985. Avant la fermeture définitive, la société et le syndicat ont négocié un accord de fermeture aux termes duquel les avantages en matière d'assurance collective destinés aux employés actifs cesseraient six mois après la fermeture de l'usine. Toutefois, l'accord ne mentionnait pas les avantages des retraités. La convention collective a été formellement révoquée le 29 mai 1985, après qu'on eut respecté les procédures prescrites par la *Loi sur les relations de travail* (la «Loi»). Au même moment, le régime de pension a été liquidé et une rente a été souscrite afin de permettre à la société de s'acquitter de ses obligations en cours en vertu du régime de pension.

Deux jours plus tard, la société a avisé tous les retraités que leurs avantages prévus à l'al. 60(ix) cesseraient le 30 juin 1985, date de cessation des avantages accordés aux employés actifs aux termes de l'accord de fermeture. Le syndicat a déposé un grief au nom des retraités, dans lequel il exigeait le rétablissement des avantages. La société a refusé de reconnaître ce grief, parce que [TRADUCTION] «aucune convention collective n'était en vigueur au moment où le grief a été déposé et [que] la société n'[avait] aucune obligation envers ces retraités sur quelque autre fondement que ce soit.» Malgré cette prise de position, la société a, par la suite, fourni la police de 2 500 \$ prévue expressément à l'al. 60(ix). En fin de compte, le litige s'est limité aux [TRADUCTION] «autres avantages négociés» mentionnés à l'al. 60(ix).

Le syndicat a soumis le grief à l'arbitrage, conformément aux art. 20 et 21 de la convention collective, qui sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] 20. ARBITRAGE

Chaque grief d'employé qui n'est pas réglé suivant la procédure de règlement des griefs doit, à la demande de la société ou du syndicat, [. . .] être soumis à un arbitre désigné de la manière suivante [. . .] La décision de l'ar-

... The decision of the arbitrator shall be final and binding upon the Company, the Union and all of the employees. ...

21. Anything to the contrary contained herein, notwithstanding, the arbitrator shall have no power to add to, subtract from or modify any of the terms, conditions or provisions of this agreement or any agreement made supplementary thereto.

This arbitration process is mandated by s. 44 of the Act. It reads:

44.—(1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

(2) If a collective agreement does not contain such a provision as is mentioned in subsection (1), it shall be deemed to contain the following provision:

Where a difference arises between the parties relating to the interpretation, application or administration of this agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable, or where an allegation is made that this agreement has been violated, either of the parties may, after exhausting any grievance procedure established by this agreement, notify the other party in writing of its desire to submit the difference or allegation. ... The arbitration board shall hear and determine the difference or allegation and shall issue a decision and the decision is final and binding upon the parties. ...

At the arbitration hearing the company renewed its objection to the grievance, and argued that the arbitrator had no jurisdiction because the collective agreement had ended. The arbitrator heard submissions on this point only, and then adjourned the hearing. In a written award, he rejected the company's arguments on jurisdiction, found that the matter before him was arbitrable, and ordered the arbitration to proceed on the merits at a later date. The company applied for judicial review of the arbitrator's decision, and the Supreme Court of Ontario (Divisional Court) set aside the award. An appeal to the Court of Appeal for Ontario was allowed, thus reinstating the arbitrator's award.

bitre est définitive et lie la société, le syndicat et tous les employés. . .

21. Indépendamment de toute disposition contraire des présentes, l'arbitre n'a pas le pouvoir de modifier les conditions ou les dispositions de la présente convention ou de toute convention complémentaire, ni d'y ajouter de nouvelles conditions ou dispositions ou d'en supprimer.

Ce processus d'arbitrage est prescrit par l'art. 44 de la Loi, qui est ainsi conçu:

44 (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale qui a force de chose jugée et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

(2) La convention collective qui ne contient pas cette disposition est réputée prévoir ce qui suit:

En cas de différend entre les parties relativement à l'interprétation, à l'application ou à l'administration de cette convention, y compris sur la question de savoir s'il y a matière à arbitrage, ou de savoir si la convention a été inexécutée, une partie peut, après avoir épuisé la procédure de grief établie par cette convention, aviser l'autre partie par écrit de son intention de soumettre le différend ou la prétendue inexécution [. . .] Le conseil d'arbitrage entend et règle le différend ou la prétention et rend une décision. Cette décision a force de chose jugée et lie les parties . . .

Lors de l'audience d'arbitrage, la société a réitéré son opposition au grief et a fait valoir que l'arbitre n'avait pas compétence à cause de l'expiration de la convention collective. L'arbitre n'a entendu des arguments que sur ce point, puis a ajourné l'audience. Dans une sentence écrite, il a rejeté les arguments de la société sur la compétence, a jugé arbitrable la question dont il était saisi et a ordonné que l'arbitrage sur le fond ait lieu à une date ultérieure. La société a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre et la Cour suprême de l'Ontario (Cour divisionnaire) a annulé la sentence. Un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli et la sentence arbitrale a été ainsi

Leave to appeal to this Court was granted on June 20, 1991, [1991] 1 S.C.R. viii.

Judgments

Arbitration Award (H. D. Brown)

After reviewing the facts and the submissions of the parties, the arbitrator thus summarized his view of the problem and his approach to its resolution:

The issue to be determined at this point of the dispute is whether the grievance is arbitrable. If there is an allegation of a breach of terms of a collective agreement which both parties acknowledge has expired when the grievance was filed, that fact by itself, does not preclude the matter from being heard. . . . That then leads to the consideration of whether there is, as argued by the Union, a vested right in the retirees for the benefits claimed under Article 60 which extends beyond the term of the collective agreement.

For the arbitrator, then, the key issue was whether some right in favour of the retirees had vested during the currency of the collective agreement. On this point, the arbitrator turned first to the terms of the collective agreement, and after a careful analysis he concluded that Article 60(ix) was intended to vest benefits with the retirees. He stated:

I find this specific provision to have been intended and drawn as such by the parties as a retirement benefit and not an employment benefit, which would be extinguished at the end of the collective agreement in the circumstances set out in Article 60. When these benefits are viewed in that manner and given the present state of negotiations for collective agreements in this province, the provision for these benefits in the same way as the provision for the pension plan could not be removed from retirees by the parties, although they might negotiate about the benefits but what was negotiated would be the result applicable to the retirees.

While the reasons of the arbitrator are not entirely clear, it would appear that he concluded that a retired worker's benefits can (depending on the terms of the collective agreement) vest indefeasibly at the time of retirement, i.e., the benefits could not be bargained away during subsequent negotiations between the company and the union, or be

rétablie. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 20 juin 1991, [1991] 1 R.C.S. viii.

^a Jugements

La sentence arbitrale (H. D. Brown)

Après avoir examiné les faits et les arguments des parties, l'arbitre a résumé ainsi sa perception du problème et sa manière de le régler:

[TRADUCTION] La question à trancher à ce stade-ci du litige est de savoir si le grief est arbitrable. Si on allègue l'inexécution de la convention collective et que les deux parties reconnaissent que cette convention était échu au moment où le grief a été déposé, ce fait en soi n'empêche pas d'entendre l'affaire. [. . .] Cela nous amène donc à examiner la question de savoir si les retraités, comme le prétend le syndicat, jouissent à l'égard des avantages demandés en vertu de l'art. 60, d'un droit acquis qui survit à la convention collective.

Pour l'arbitre, la question clé était donc de savoir si, pendant la durée de la convention collective, les retraités avaient acquis un droit quelconque. Sur ce point, l'arbitre a d'abord examiné les conditions de la convention collective et, après une analyse minutieuse, il a conclu que l'al. 60(ix), était destiné à investir les retraités de certains avantages. Il a dit:

[TRADUCTION] Je conclus que les parties ont rédigé cette disposition spécifique dans le but d'accorder une prestation de retraite et non une prestation d'emploi qui serait éteinte à la fin de la convention collective dans les circonstances décrites à l'art. 60. Quand on considère ces avantages sous cet angle et qu'on prend en considération l'état actuel des négociations de conventions collectives dans notre province, les parties ne pourraient pas priver les retraités de la disposition leur accordant ces avantages pas plus que de celle leur accordant le régime de pension, quoiqu'elles pourraient négocier au sujet des avantages, mais ce qui serait négocié serait le résultat applicable aux retraités.

Bien que les motifs de l'arbitre ne soient pas tout à fait clairs, il semblerait qu'il a conclu que les avantages dont bénéficie un travailleur retraité peuvent (tout dépendant des conditions de la convention collective) devenir acquis irrévocablement au moment de sa retraite, c'est-à-dire que la société et le syndicat ne pourraient pas consentir à leur cessa-

terminated unilaterally by the company. It should be noted that in reaching these general conclusions the arbitrator ventured well into the “merits” of the case by interpreting the terms of the agreement before him. Despite this, he expressly disclaimed any conclusion on the meaning of the agreement. He stated:

It is not necessary for the purpose of this award to determine whether the claim has merit and that where the Company denied it [*sic*] there was a breach of the agreement, this decision goes only to the extent of finding that such issue can be dealt with at arbitration.

The arbitrator based his conclusions, in large measure, upon a series of American cases which hold that retirement benefits can vest. He acknowledged that these American cases were based on a different statutory structure, but concluded that they were nonetheless useful for “examining industrial relations’ principles and concepts.” After a review of this law, he concluded as follows:

The principles referred to in these cases which are not contradicted to date by any Canadian jurisprudence, support a conclusion that benefits given to employees who retire are vested at the date of their retirement and continue for their benefit regardless of the collective bargaining relationship between the parties, therefore to extend beyond the expiry date of a collective agreement and the closure of the operations at which the retiree worked. These benefits are considered as earned benefits for service provided for the employer and are part of the retirement benefits to which the retiree is entitled. Such a conclusion is strengthened in the present case in consideration of Article 60 (ix) of the collective agreement. While the parties might negotiate changes to the other benefits referred to in that section from time to time, the right to those benefits came into effect on the retirement of the employee under the terms of the agreement then in effect and continued through to the last collective agreement between the parties and must be continued for their benefit as part of the bargain on their retirement. The collective agreement distinguishes

tion au cours de négociations ultérieures et que la société ne pourrait pas les abroger unilatéralement. Il y a lieu de noter que, pour en arriver à ces conclusions générales, l’arbitre s’est lancé dans l’examen du «fond» de l’affaire en interprétant les conditions de la convention dont il était saisi. Malgré cela, il s’est abstenu expressément de tirer quelque conclusion que ce soit sur le sens de la convention. Il a dit:

[TRADUCTION] Pour rendre cette sentence, il n’est pas nécessaire de décider si la demande est bien fondée et de déterminer s’il y a eu inexécution de la convention dans le cas où la société l’a rejetée; cette décision consiste seulement à conclure qu’il y a là matière à arbitrage.

Dans une large mesure, l’arbitre a fondé ses conclusions sur une série de précédents américains selon lesquels le droit à des prestations de retraite peut devenir acquis. Il a reconnu que cette jurisprudence américaine reposait sur un régime législatif distinct, mais il a conclu qu’elle était néanmoins utile pour [TRADUCTION] «étudier les principes et les notions des relations du travail.» Après avoir examiné cette jurisprudence, il a conclu ceci:

[TRADUCTION] Les principes mentionnés dans ces affaires, qui n’ont pas été contestés jusqu’à ce jour dans la jurisprudence canadienne, permettent de conclure que les avantages accordés aux employés qui prennent leur retraite deviennent acquis à la date où ils prennent leur retraite, qu’ils continuent d’en bénéficier peu importe les relations entre les parties sur le plan de la négociation collective, et qu’ils survivent donc à la convention collective et à la fermeture de l’établissement où les retraités travaillaient. Ces avantages sont considérés comme une rémunération des services fournis à l’employeur et font partie des prestations de retraite auxquelles les retraités ont droit. Cette conclusion est renforcée en l’espèce par l’examen de l’al. 60(ix) de la convention collective. Même si les parties pourraient négocier, à l’occasion, des modifications à apporter aux autres avantages mentionnés dans cette clause, le droit à ces avantages a pris naissance au moment où les employés ont pris leur retraite, conformément à la convention collective alors en vigueur, et il est demeuré en vigueur jusqu’à la dernière convention collective conclue par les parties et ils doivent continuer d’en bénéficier au moment où ils prennent leur retraite en tant que partie du marché conclu. La convention collective fait une distinction entre les avantages offerts aux retraités et

between the benefits available to retirees and those of active employees, as set out in Article 60.

In the result, the arbitrator found the dispute arbitrable, and dismissed the company's objection to his jurisdiction.

Supreme Court of Ontario (Divisional Court) (1987), 61 O.R. (2d) 207 (J. Holland, White and Bowlby JJ.)

On the company's application for judicial review, a majority of the Divisional Court found the arbitration award should be quashed. Writing for the majority, J. Holland J. first considered the standard of review for the application, and ruled at p. 213 that "[i]n determining the threshold question of arbitrability, the Arbitrator was required to be correct." As authority for this proposition he cited the majority judgment of this Court in *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 846. Applying this standard, J. Holland J. concluded as follows at p. 217:

The Arbitrator erred in law and jurisdiction when he found that the alleged breach of the retirees' benefits arose "if at all" *during the currency of the last collective agreement between the parties* and, as well, *when he found that the collective agreement contemplated benefits to be available beyond the terms of that agreement.* [Emphasis in original.]

J. Holland J. distinguished the American case law supporting the arbitration award on the ground that it rested on a concept of vested rights unknown to Canadian labour law. In his view, the company's termination of the retirees' benefits was an incident that arose after the expiry of the collective agreement, thereby foreclosing the arbitrator's jurisdiction.

In dissent, White J. was of the opinion that the award was rendered within the arbitrator's jurisdiction, and hence should only be reviewed to a standard of patent unreasonability. White J. found support for this view in the terms of the collective agreement and prevailing statutes, and in the

ceux offerts aux employés actifs, tel qu'énoncé à l'art. 60.

En définitive, l'arbitre a conclu que le litige était arbitrable et a rejeté l'objection de la société quant à sa compétence.

Cour suprême de l'Ontario (Cour divisionnaire) (1987), 61 O.R. (2d) 207 (les juges J. Holland, White et Bowlby)

Suite à la demande de contrôle judiciaire de la société, la Cour divisionnaire a conclu à la majorité qu'il y avait lieu d'annuler la sentence arbitrale. S'exprimant au nom de la majorité, le juge J. Holland a d'abord examiné la norme d'examen de la demande et décidé à la p. 213 qu'[TRADUCTION] «[e]n tranchant la question préliminaire de l'arbitrabilité, l'arbitre ne devait pas commettre d'erreur.» Pour affirmer cela, il s'est appuyé sur l'arrêt majoritaire de notre Cour *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 846. Appliquant cette norme, le juge J. Holland a conclu, à la p. 217:

[TRADUCTION] L'arbitre a commis une erreur de droit et a statué erronément sur la question de compétence en concluant que, «si tant est» qu'une atteinte a été portée aux avantages des retraités, l'atteinte alléguée l'a été pendant la durée de la dernière convention collective intervenue entre les parties et, en outre, en concluant que la convention collective prévoyait que des avantages survivraient à cette convention. [En italique dans l'original.]

Le juge J. Holland a fait une distinction d'avec la jurisprudence américaine citée à l'appui de la sentence arbitrale pour le motif qu'elle reposait sur une notion de droits acquis inconnue en droit canadien du travail. À son avis, puisque l'incident, c'est-à-dire la cessation par la société des avantages accordés aux retraités, s'est produit après l'expiration de la convention collective, l'arbitre ne pouvait avoir compétence.

Dissident, le juge White a exprimé l'avis que l'arbitre était compétent pour rendre sa sentence et que c'est la norme du caractère manifestement déraisonnable qui devrait s'appliquer au contrôle de cette sentence. Le juge White a fondé ce point de vue sur les conditions de la convention collec-

minority judgment of Laskin C.J. in *Bradburn*, *supra*. Applying this standard, White J. concluded that the arbitrator's decision was not patently unreasonable. He found that Canadian case law supported an arbitrator's right to hear a grievance over accrued rights despite the expiry of the underlying collective agreement. His reasoning is encapsulated in the following passage at p. 230:

There does not seem to be any escape from the likelihood that, unless the Company had promised to provide [the employees] with such retirement benefits, the rate of pay bargained for, while they were active members of the Union in the collective agreements, would have been higher. A promise to provide for an employee in his retirement years is a promise which, of its very nature, anticipates that he will enjoy the benefit of the promise when he no longer belongs to the Union. It is also a promise which, of its very nature, is not dependent upon the Union (which negotiated that benefit for the employee) and the Company (which promised that benefit) necessarily being in a continuing collective bargaining relationship. The promise of the Company, as expressed in art. 60(ix) of the last agreement and in predecessor agreements is not subject to the express condition subsequent that it shall no longer be effective if there is no longer extant a collective bargaining agreement between the Union and the Company.

Consequently, White J. would have dismissed the application for judicial review.

Ontario Court of Appeal (1990), 74 O.R. (2d) 648 (Blair and Catzman JJ.A. and Craig J. (*ad hoc*))

The Court of Appeal overturned the decision of the Divisional Court, and reinstated the arbitration award. Blair J.A., writing for a unanimous court, identified three issues: the possible existence and effect of a privative clause, whether the arbitrator was acting within his jurisdiction, and whether the arbitrator's decision was patently unreasonable.

On the first issue, Blair J.A. found that the arbitrator's award was shielded from judicial review by s. 44(1) of the Act, because the phrase "final

tive et les lois applicables, ainsi que sur les motifs minoritaires rédigés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Bradburn*, précité. Appliquant cette norme, le juge White a conclu que la décision de l'arbitre n'était pas manifestement déraisonnable. Il a conclu que la jurisprudence canadienne confirmait le droit d'un arbitre d'entendre un grief relatif à des droits accumulés malgré l'expiration de la convention collective sous-jacente. Son raisonnement est résumé dans le passage suivant tiré de la p. 230:

[TRADUCTION] Il semble qu'on ne puisse faire autrement que conclure qu'à moins que la société n'ait promis de fournir [aux employés] ces prestations de retraite, le taux de rémunération négocié pendant qu'ils étaient membres actifs du syndicat visé dans les conventions collectives aurait vraisemblablement été plus élevé. La promesse d'assurer des prestations à un employé à sa retraite est une promesse qui, de par sa nature même, suppose qu'il bénéficiera de la promesse quand il ne sera plus membre du syndicat. C'est aussi une promesse qui, de par sa nature même, ne dépend pas nécessairement de l'existence permanente d'une relation de négociation collective entre le syndicat (qui a négocié cet avantage pour l'employé) et la société (qui a promis cet avantage). La promesse de la société, énoncée à l'al. 60(ix) de la dernière convention et dans les conventions précédentes, n'est pas assortie de la condition résolutoire expresse qu'elle ne s'appliquera plus s'il n'y a plus de convention collective en vigueur entre le syndicat et la société.

Par conséquent, le juge White aurait rejeté la demande de contrôle judiciaire.

Cour d'appel de l'Ontario (1990), 74 O.R. (2d) 648 (les juges Blair et Catzman et le juge Craig (*ad hoc*))

La Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour divisionnaire et a rétabli la sentence arbitrale. Le juge Blair, s'exprimant au nom d'une cour unanime, cerne trois questions: l'existence et l'effet possibles d'une clause privative, la question de savoir si l'arbitre a agi conformément à sa compétence et celle de savoir si sa décision était manifestement déraisonnable.

Quant au premier point, le juge Blair a conclu que la sentence arbitrale ne pouvait pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire en raison du par. 44(1)

and binding” upon the parties found therein is a form of privative clause. As authority for this proposition he relied on *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.*, *Loc. 43* (1990), 69 D.L.R. (4th) 268 (Ont. C.A.), and he declined to follow the apparently contradictory decision of this Court in *Bradburn*, *supra*. In consequence, so long as the arbitrator was acting within his jurisdiction, the standard of review of his award would be patent unreasonability. The question of jurisdiction was, of course, the second issue identified by Blair J.A.

After considering the law on judicial review emanating from this Court, and in particular the “functional and pragmatic approach” established in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Blair J.A. determined that the arbitrator in the present case had acted within his jurisdiction. He reasoned as follows at p. 660:

The question before the arbitrator in this case was, in the language of s. 44(1) of the Act, a difference “between the parties arising from the interpretation, application . . . or alleged violation of the (collective) agreement”. The arbitrator was explicitly given jurisdiction by s. 44(1) to determine whether the question was arbitrable. The legislative purpose for giving the arbitrator this power is obvious. In order to achieve industrial peace, the legislature has established a special regime for dealing with labour disputes by a specialized tribunal and arbitrators. The legislature relies on this expertise to decide expeditiously questions of law and fact within the limits of their jurisdiction and in the best interests of the parties and the public.

In this case, there can be no doubt that the arbitrator had jurisdiction to decide whether the grievance was arbitrable because he is specifically empowered to do so by s. 44(1) of the Act. In addition the legislative purpose for providing for prompt and fair settlement of labour disputes is manifest and must be respected. . . .

In the result, the standard of review employed by the Court of Appeal was that of patent unreasonability. On that point, Blair J.A. reviewed with approval the case law relied upon by the arbitrator, and in particular he endorsed the arbitrator’s reliance upon American case law. He rejected the

de la Loi, qui contient un genre de clause privative, savoir les mots «qui a force de chose jugée» pour les parties. Il a fondé cette proposition sur l’arrêt *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.*, *Loc. 43* (1990), 69 D.L.R. (4th) 268 (C.A. Ont.), et il a refusé de suivre l’arrêt apparemment contradictoire de notre Cour *Bradburn*, précité. En conséquence, dans la mesure où l’arbitre agissait conformément à sa compétence, la norme du caractère manifestement déraisonnable serait applicable au contrôle de sa sentence. La question de compétence était, bien sûr, la deuxième cernée par le juge Blair.

Après avoir examiné les règles établies par notre Cour, en matière de contrôle judiciaire, et en particulier «l’analyse pragmatique et fonctionnelle» préconisée dans l’arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Blair a décidé que l’arbitre avait, en l’espèce, agi conformément à sa compétence. Voici son raisonnement (à la p. 660):

[TRADUCTION] La question soumise à l’arbitre en l’espèce était, pour reprendre les termes du par. 44(1) de la Loi, un différend «entre les parties que soulèvent l’interprétation, l’application [. . .] ou une prétendue inexécution de la convention (collective)». L’arbitre était explicitement habilité par le par. 44(1) à décider s’il y avait matière à arbitrage. L’objectif législatif poursuivi en donnant ce pouvoir à l’arbitre est évident. Pour obtenir la paix industrielle, le législateur a instauré un régime spécial de règlement des conflits de travail par un tribunal spécialisé et des arbitres. Le législateur compte sur cette expertise pour régler promptement les questions de droit et de fait relevant de leur compétence, et ce, dans le meilleur intérêt des parties et du public.

En l’espèce, il ne saurait y avoir de doute que l’arbitre était compétent pour décider si le grief était arbitrable, parce qu’il est expressément habilité à le faire par le par. 44(1) de la Loi. En outre, l’objectif législatif, qui est de régler de manière prompte et juste les conflits de travail, est évident et doit être respecté. . . .

En définitive, la norme de contrôle utilisée par la Cour d’appel était celle du caractère manifestement déraisonnable. À ce propos, le juge Blair a étudié et approuvé la jurisprudence sur laquelle s’est fondé l’arbitre et, en particulier, il a jugé que l’arbitre s’était appuyé à bon droit sur la jurispru-

approach of J. Holland J., which focused on whether the alleged breach of the collective agreement occurred during the currency of the agreement, finding instead that the relevant issue was whether an obligation had accrued that could survive the termination of the agreement. In the end, Blair J.A. found that the arbitrator's decision was not patently unreasonable. He stated at p. 664:

The arbitrator was not required to decide at the preliminary stage of his inquiry whether the right of retirees to benefits survived the termination of the collective agreement. His task was simply to determine whether the survival of retiree benefits was an arbitrable question. He concluded that it was. In light of the considerations outlined above, the arbitrator's decision that he had jurisdiction to arbitrate the union's grievance in this case was not patently unreasonable.

Accordingly, the Court of Appeal ordered the matter to be remitted back to arbitration to proceed with the merits of the case.

With respect to that order, the company argued that a different arbitrator should be assigned to decide the merits, as the current arbitrator had effectively pre-judged that question in the course of deciding the jurisdictional issue. Blair J.A. accepted this argument with reluctance, stating at p. 665:

While I see little merit in the company's objection, I recognize that the arbitrator, in deciding the dispute was arbitrable, had to satisfy himself that it was arguable that the parties intended benefits to survive the termination of the agreement. Accordingly, without in any way reflecting on the integrity of the arbitrator and for the purpose only of removing a ground for objection to the disposition of the second part of the arbitration, I would direct that the arbitration be continued by another arbitrator.

The union disputes the propriety of this direction, and cross-appealed to this Court on that issue.

Analysis

This appeal raises two issues. The first is the scope of judicial review of the arbitrator's deci-

dence américaine. Il a repoussé l'analyse du juge J. Holland, qui était axée sur la question de savoir si l'inexécution alléguée de la convention collective avait eu lieu pendant la durée de la convention, concluant plutôt que la question pertinente était de savoir si une obligation qui pouvait survivre à la convention avait pris naissance. Le juge Blair a fini par conclure que la sentence arbitrale n'était pas manifestement déraisonnable. Il a dit, à la p. 664:

[TRADUCTION] L'arbitre n'était pas tenu de décider, à l'étape préliminaire de son enquête, si le droit des retraités aux avantages survivait à la convention collective. Il lui incombait simplement de décider si la survie des prestations de retraite était une question arbitrable. Il a répondu par l'affirmative. Compte tenu des facteurs soulignés plus haut, la décision de l'arbitre qu'il était compétent pour statuer sur le grief du syndicat en l'espèce n'était pas manifestement déraisonnable.

Par conséquent, la Cour d'appel a ordonné que l'affaire soit renvoyée à l'arbitre pour qu'il se prononce sur le fond.

Quant à cette ordonnance, la société a soutenu qu'un arbitre différent aurait dû être désigné pour statuer sur le fond, car l'arbitre actuel avait vraiment préjugé cette question en tranchant la question de compétence. Le juge Blair a accepté cet argument à contrecœur, affirmant, à la p. 665:

[TRADUCTION] Bien que l'objection de la société m'apparaisse peu fondée, je reconnais que, pour décider que le différend était arbitrable, l'arbitre devait être convaincu qu'il était possible de soutenir que les parties avaient voulu que les avantages survivent à la convention. Par conséquent, sans porter atteinte d'aucune manière à l'intégrité de l'arbitre et à seule fin d'éliminer un motif d'opposition à la sentence relative à la deuxième partie de l'arbitrage, j'ordonnerais que l'arbitrage soit poursuivi par un autre arbitre.

Le syndicat conteste l'à-propos de cette directive et forme un pourvoi incident à cet égard devant notre Cour.

Analyse

Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est la portée du contrôle judiciaire de la

sion, a point on which the various judgments in the courts below have differed. The Court of Appeal concluded that because of a privative clause there was only a narrow scope for review. In my view considerations of privity are premature in this case, as the real question is whether the arbitrator was acting within his jurisdiction. On this point, I must respectfully differ from the conclusion of Blair J.A. in the court below. In my view the arbitrator was not acting within his jurisdiction *stricto sensu*. Rather he was deciding upon jurisdiction. As such, he was required to be correct.

The remaining issue, then, is the correctness of the arbitrator's finding. Keeping in mind the limited scope of the company's attack of that award (about which I shall have more to say later), I have concluded that the arbitrator was correct in adopting the general proposition that a promise to pay benefits to retired employees can, depending on the wording of that promise, survive the expiration of the collective agreement in which the promise is made. In the result, I would dismiss this appeal and uphold the arbitration award.

1. *The Scope of Judicial Review*

At the outset it is important to understand exactly what the arbitrator decided in this case, and the scope of the issue brought before this Court. When the union's grievance was submitted to arbitration, the company objected because "there was no collective agreement in place at the time the said grievance was lodged, and the Company has no obligations to these retirees on any other basis." Conceivably, this objection could encompass a jurisdictional challenge on two levels. First, the company could (and did) advance the general proposition that a promise in a collective agreement to pay retirement benefits, no matter how strongly worded, cannot survive the expiration of that agreement. However, the company could also argue the narrower point that the specific terms of the agreement under grievance did not provide for vesting of retirement benefits. Unfortunately, it is not entirely clear from the arbitrator's ruling whether the company pursued its case on both

décision de l'arbitre, sur laquelle les différents jugements des tribunaux d'instance inférieure ont divergé. La Cour d'appel a conclu que la portée du contrôle était limitée à cause d'une clause privative. À mon avis, il est prématuré de parler de clause privative en l'espèce, puisque la véritable question est de savoir si l'arbitre agissait dans les limites de sa compétence. À cet égard, je me dois, en toute déférence, d'exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge Blair de la Cour d'appel. À mon avis, l'arbitre n'agissait pas conformément à sa compétence stricto sensu. Il a plutôt statué sur sa compétence. Il ne devait donc pas commettre d'erreur.

Il reste donc à se prononcer sur la justesse de la décision de l'arbitre. Gardant à l'esprit la portée limitée de l'attaque de la société contre cette sentence (sur laquelle je m'attarderai plus loin), j'ai conclu que l'arbitre a eu raison d'adopter la proposition générale selon laquelle la promesse de verser des prestations aux employés à la retraite peut, selon la formulation de cette promesse, survivre à la convention collective qui la contient. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi et de confirmer la sentence arbitrale.

1. *L'étendue du contrôle judiciaire*

Il importe, au départ, de bien saisir ce que l'arbitre a décidé en l'espèce et la portée de la question dont notre Cour est saisie. Quand le grief du syndicat a été soumis à l'arbitrage, la société s'est opposée parce qu'[TRADUCTION] «aucune convention collective n'était en vigueur au moment où le grief a été déposé et [que] la société n'[avait] aucune obligation envers ces retraités sur quelque autre fondement que ce soit.» Il est concevable que cette objection englobe une contestation de la compétence sur deux plans. D'abord, la société pouvait avancer (ce qu'elle a fait) la proposition générale selon laquelle la promesse de verser des prestations de retraite qui figure dans une convention collective, peu importe la façon énergique dont elle peut avoir été formulée, ne saurait survivre à cette convention collective. Cependant, la société pourrait aussi avancer l'argument plus restreint selon lequel les conditions précises de la convention visée par le grief ne prévoyaient pas l'acquisition

these levels, although it seems that the hearing was focused on the former question. It may be, however, that submissions were made on the narrower question, which would explain the arbitrator's digression into the specifics of the agreement before him.

In any event, the case comes to this Court only on the first issue outlined above. Leave to appeal was sought only on the question of the survivability of retirement benefits in general, and counsel for the company confined his submissions to that issue. The Court was not asked to review the arbitrator's interpretation of the agreement at hand. Had that issue properly been before this Court, I have no doubt that the scope of our review of that aspect of the arbitration award would have been a narrow one—we would have embarked on a patent unreasonableness enquiry. However, on the more general level at which the jurisdictional debate was engaged in this Court, I am of the view that the appropriate scrutiny of the arbitrator's decision is to a standard of correctness. My reasons for this position are set out below, but at this juncture I should perhaps comment on this stratified approach to the issues arising from the arbitrator's award.

To begin, I would not wish my conclusions on the standard of review in this case to be taken as a retreat from the deferential approach to judicial review of administrative tribunals since the decision of this Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. Nor are the conclusions here inconsistent with the previous statements by this Court as to the appropriate scope of judicial review of arbitration awards made pursuant to s. 44 of the Act. This Court has stated in previous cases that courts should, as a matter of policy, defer to the expertise of the arbitrator in questions relating to the interpretation of collective

du droit à des prestations de retraite. Malheureusement, la sentence arbitrale ne permet pas tout à fait clairement de déterminer si la société a plaidé sa cause sur ces deux plans, quoiqu'il semble que l'audience ait porté sur la première question. Il se peut cependant que des arguments aient été avancés au sujet de la question plus restreinte, ce qui expliquerait la digression de l'arbitre sur les détails de la convention dont il était saisi.

De toute façon, l'affaire dont est saisie notre Cour ne concerne que la première question précitée. L'autorisation de pourvoi n'a été demandée qu'à l'égard de la question de savoir si les prestations de retraite en général peuvent survivre et l'avocat de la société a limité son argumentation à cette question. La Cour n'a pas été invitée à examiner l'interprétation que l'arbitre a donnée à la convention en cause. Si cette question avait été régulièrement soumise à notre Cour, je ne doute pas que la portée de notre examen de cet aspect de la sentence arbitrale aurait été limitée—nous nous serions lancés dans un examen fondé sur le caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, compte tenu du plan plus général sur lequel le débat relatif à la compétence a été engagé devant notre Cour, je suis d'avis qu'il convient d'examiner la décision de l'arbitre en fonction de la norme de l'absence d'erreur. J'exposerai plus loin les motifs de ma décision, mais il y a peut-être lieu, à ce moment-ci, de formuler des observations sur cette analyse stratifiée des questions découlant de la sentence arbitrale.

En premier lieu, je ne voudrais pas que l'on considère mes conclusions sur la norme de contrôle en l'espèce comme un recul par rapport à la retenue dont il faut faire preuve en abordant le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs depuis l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Les conclusions en l'espèce ne sont pas non plus incompatibles avec les affirmations antérieures de notre Cour concernant la portée adéquate du contrôle judiciaire des sentences arbitrales rendues conformément à l'art. 44 de la Loi. Notre Cour a affirmé dans des arrêts antérieurs que les tribunaux

agreements; see *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178 and *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245. This development is traced in the dissenting reasons of Wilson J. in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1340-42. It is clear that an arbitrator has jurisdiction *stricto sensu* to interpret the provisions of a collective agreement in the course of determining the arbitrability of matters under that agreement. In that case the arbitrator is acting within his or her "home territory", and any judicial review of that interpretation must only be to a standard of patent unreasonableness. But this is a different case. Here, the viability and subsistence of the collective agreement is challenged. The company alleges that regardless of the interpretation of the agreement, it cannot survive to serve as the basis for this arbitration. The collective agreement is the foundation of the arbitrator's jurisdiction, and in determining that it exists or subsists the arbitrator must be correct.

I should also observe that my bifurcated analysis is made necessary by the fact that the arbitrator's decision intermingled deliberations on the specific terms of the collective agreement before him with his more general conclusions on jurisdiction. In saying this, I do not mean to impugn the methodology of the arbitrator. Arbitrators are often required to delve into the "merits" of the case to determine jurisdiction. Since jurisdiction depends upon an alleged breach of a collective agreement, the arbitrator must, in some instances, interpret the agreement even in the course of determining the question of jurisdiction. As in the present case, this inquiry may result in a duplication of the arbitrator's eventual examination of the merits of the grievance. This apparent conundrum is described in Palmer's *Collective Agreement Arbitration in Canada* (3rd ed. 1991), at p. 6:

doivent, en principe, s'en remettre à l'expertise de l'arbitre pour ce qui est des questions concernant l'interprétation des conventions collectives: voir *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, et *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245. Le juge Wilson traite de cette évolution dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux pp. 1340 à 1342. Il est clair qu'un arbitre a compétence *stricto sensu* pour interpréter les dispositions d'une convention collective lorsqu'il s'agit de décider si des questions sont arbitrables sous le régime de cette convention. Dans ce cas, l'arbitre agit dans son domaine d'expertise et le contrôle judiciaire de cette interprétation ne doit se faire que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable. Mais le présent cas est différent. En l'espèce, ce sont la viabilité et la survie de la convention collective qui sont mises en doute. La société allègue que, indépendamment de l'interprétation donnée à la convention, celle-ci ne saurait survivre de manière à justifier le présent arbitrage. La convention collective est le fondement de la compétence de l'arbitre et celui-ci ne doit pas commettre d'erreur en décidant qu'elle existe ou qu'elle subsiste.

Je ferais également observer que mon analyse à deux volets s'impose du fait que, dans sa décision, l'arbitre a mélangé des délibérations sur les conditions précises de la convention collective dont il était saisi, avec ses conclusions plus générales sur la compétence. En disant cela, je n'entends pas contester la méthodologie de l'arbitre. Les arbitres sont souvent obligés d'étudier le «fond» de l'affaire pour déterminer s'ils ont compétence. Puisque sa compétence dépend d'une inexécution alléguée de la convention collective, l'arbitre doit parfois interpréter la convention même pour statuer sur la question de la compétence. Comme dans le cas qui nous occupe, cet examen que fait l'arbitre risque de correspondre à celui qu'il fera éventuellement du fond du grief. Cette énigme apparente est décrite dans l'ouvrage de Palmer, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (3^e éd. 1991), à la p. 6:

... it must be stressed that in determining whether an issue is arbitrable reference must be made to the particular collective agreement involved. In so doing, a distinction must be drawn between procedural provisions in the collective agreement leading to arbitration and substantive provisions. Such procedural provisions do not give a right to have an issue determined through arbitration unless it also involved an alleged breach of a substantive provision of the collective agreement. In short, a matter only becomes arbitrable if a provision of the collective agreement has been violated.

So, an alleged violation of the agreement is a condition precedent of jurisdiction. The result, as Palmer notes at p. 27, is that "often the merits of a case are inextricably woven with its jurisdictional aspects." Indeed, a discrete body of arbitration law has evolved to guide arbitrators through this problem; see Palmer, at pp. 25-28. Thus, while the arbitrator in this case has quite properly addressed these interwoven aspects, this Court can untangle the strands and focus solely on the more general aspects of the question. Again, this is possible only because the company chose to restrict its appeal to the abstract question posed above.

In sum, the aspect of the arbitrator's decision that is challenged in this appeal is his finding that retirement rights are, in theory, capable of surviving the expiry of a collective agreement so as to provide a basis for a union grievance filed after its expiration. The union argues that the arbitrator was acting within his jurisdiction in making this decision, and that the decision should be reviewed only to a standard of patent unreasonability. It bases this argument on the statutory arbitration clause in s. 44 (2) of the Act, which for convenience I will repeat here:

44. ...

(2) ...

Where a difference arises between the parties relating to the interpretation, application or administration of this agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable, or where an allegation is made

[TRADUCTION] ... il faut souligner que, pour décider si une question est arbitrale, il faut se reporter à la convention collective en cause. Ce faisant, il faut établir une distinction entre les dispositions de la convention collective touchant la procédure qui mène à l'arbitrage et les dispositions de fond. Pareilles dispositions en matière de procédure ne confèrent pas le droit de faire trancher une question par un arbitre, sauf si cette question concerne aussi une violation alléguée d'une disposition de fond de la convention collective. Bref, une question ne devient arbitrale que si une disposition de la convention collective a été violée.

Ainsi, une violation alléguée de la convention est une condition préalable de la compétence. Par conséquent, comme le fait remarquer Palmer à la p. 27, [TRADUCTION] «souvent le fond d'une affaire est mêlé inextricablement à ses aspects juridictionnels.» En fait, les arbitres en sont venus à disposer d'un ensemble distinct de règles de droit en matière d'arbitrage qui leur servent de guide pour régler ce problème; voir Palmer, aux pp. 25 à 28. Donc, si l'arbitre en l'espèce a étudié d'une manière tout à fait adéquate ces aspects entremêlés, notre Cour peut démêler l'écheveau et s'en tenir uniquement aux aspects plus généraux de la question. Encore une fois, cela n'est possible que parce que la société a choisi de limiter son pourvoi à la question abstraite posée plus haut.

Somme toute, l'aspect de la décision arbitrale qui est attaqué en l'espèce est la conclusion de l'arbitre que les droits des retraités peuvent, en théorie, survivre à une convention collective de manière à justifier un grief du syndicat déposé après l'expiration de cette convention. Le syndicat fait valoir que l'arbitre agissait conformément à sa compétence en rendant sa décision et qu'il n'y a lieu de la contrôler qu'en fonction de la norme du caractère manifestement déraisonnable. Il fonde son argument sur la clause d'arbitrage contenue au par. 44(2) de la Loi, que je vais répéter ici pour des motifs de commodité:

44. ...

(2) ...

En cas de différend entre les parties relativement à l'interprétation, à l'application ou à l'administration de cette convention, y compris sur la question de savoir s'il y a matière à arbitrage, ou de savoir si la

that this agreement has been violated, either of the parties may, after exhausting any grievance procedure established by this agreement, notify the other party in writing of its desire to submit the difference or allegation The arbitration board shall hear and determine the difference or allegation and shall issue a decision and the decision is final and binding upon the parties

This clause is imported into the collective agreement by the operation of s. 44 of the Act. The union contends that the arbitrator here determined a “question as to whether a matter is arbitrable”, and as such was acting within the jurisdictional confines of s. 44. In short, the argument is that the statute confers on the arbitrator the jurisdiction to decide his or her own jurisdiction, a view accepted by Blair J.A. in the court below. The company advances a competing interpretation of s. 44(2), focusing on the requirement that any dispute referred to arbitration must be a “difference [that] arises between the parties relating to the interpretation, application or administration of this agreement” (emphasis added). The company argues that the existence of a collective agreement is thereby a condition precedent to the arbitrator’s jurisdiction, and that the arbitrability provisions in the section cannot prevail until there is a determination that a collective agreement is in existence. This argument must be considered with caution, as it appears to invoke the much-criticized “preliminary question” doctrine of judicial review. Underlying the argument, however, is the sound proposition that the meaning of the term “arbitrable” should be determined in part by the context in which it is found, a point to which I will return.

It is not necessary, however, to be preoccupied with the meaning of the term “arbitrable”. The issue does not hinge on that term, rather it depends on a clear understanding of the term “jurisdiction”. It is clear that the term “arbitrable” is generally used by labour lawyers as a synonym for “within jurisdiction”, but this begs the question; as I will discuss below, and as this Court recognized in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault, supra*, at p. 1087, “jurisdiction” itself is a fluid term. I would agree that the term “arbitrable” encompasses, in a restricted sense, a determination of whether the

convention a été inexécutée, une partie peut, après avoir épuisé la procédure de grief établie par cette convention, aviser l’autre partie par écrit de son intention de soumettre le différend ou la prétendue inexécution [. . .] Le conseil d’arbitrage entend et règle le différend ou la prétention et rend une décision. Cette décision a force de chose jugée et lie les parties . . .

Cette clause est incorporée dans la convention collective en application de l’art. 44 de la Loi. Le syndicat soutient que l’arbitre a réglé en l’espèce la «question de savoir s’il y a matière à arbitrage» et qu’il agissait alors conformément à sa compétence telle que délimitée par l’art. 44. Bref, on fait valoir que la Loi investit l’arbitre du pouvoir de statuer sur sa propre compétence, un point de vue accepté par le juge Blair de la Cour d’appel. La société préconise une autre interprétation du par. 44(2), qui met l’accent sur l’exigence que tout conflit soumis à l’arbitrage doit être un «différend entre les parties relativement à l’interprétation, à l’application ou à l’administration de cette convention» (je souligne). La société soutient que l’existence d’une convention collective est donc une condition préalable de la compétence de l’arbitre et que les dispositions de l’article relatives à l’arbitrabilité ne sont applicables qu’une fois qu’on a décidé qu’une convention collective existe. Il faut examiner cet argument avec prudence car il semble invoquer la théorie fort critiquée du contrôle judiciaire qui fait entrer en jeu une «question préliminaire». Toutefois, cet argument repose sur la proposition valable selon laquelle le sens du mot «arbitrable» doit être déterminé en partie par le contexte dans lequel il est utilisé, un point sur lequel je reviendrai.

Il n’est cependant pas nécessaire de se préoccuper du sens du mot «arbitrable». La question ne dépend pas de ce terme mais plutôt de la bonne compréhension du terme «compétence». De toute évidence, le terme «arbitrable» est généralement employé par les avocats en droit du travail comme synonyme de «relevant de la compétence», mais c’est présumer la question résolue; comme nous le verrons plus loin et comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, à la p. 1087, la «compétence» elle-même est un terme fluide. Je conviendrais que le terme «arbi-

collective agreement under arbitration is in force. The decision of this Court in *Bradburn, supra*, is authority for this proposition. However, it is the import of that conclusion that is the real issue in this case. If the issue is arbitrable, then the arbitrator has jurisdiction, at least in the limited sense of being empowered to decide that question. The more difficult problem is whether that inquiry is within the arbitrator's jurisdiction *stricto sensu*. That is, does the arbitrator have the right to be wrong? That is the question on which this Court divided in *Bradburn*, and it is the question that falls to be decided here.

It may be helpful at this point to consider a brief review of arbitral jurisprudence under the Act prior to the *Bradburn* case, which will bring these jurisdictional questions into clearer relief. This history is traced by Palmer, *supra*, at pp. 95-98, and in Brown and Beatty's *Canadian Labour Arbitration* (3rd ed. 1992) at p. 4-1. Until 1961, the Act had assigned to the Labour Relations Board the exclusive jurisdiction to determine "whether a collective agreement has been made or as to whether it is in operation": *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202, s. 79(1)(d). Although this provision was repealed in 1962 (*An Act to amend The Labour Relations Act*, S.O. 1961-62, c. 68, s. 13), arbitrators continued to refuse to proceed with an arbitration when one of the parties challenged the existence of the collective agreement at issue: see *Re Bricklayers' & Masons' Union, Local 1, and Wilchar Construction Ltd.* (1962), 12 L.A.C. 347; *Re Fortune Footwear and United Textile Workers of America, Local 369* (1980), 25 L.A.C. (2d) 350. The prevailing view was that arbitrators did not even have the power to decide the question, and the right to be wrong was never reached. This view may perhaps have been a carryover from the period when s. 79(1)(d) was in force, although the practice continued for some time. As late as 1978 the courts seemed obliged to state that exclusive jurisdiction for the board was "no longer the case"; see *Re Carpenters' District Council of Toronto and Vicinity and Engineering Structures and Components* (1978), 19 O.R. (2d) 445 (Div. Ct.), at

«*trable*» englobe, au sens strict, une décision quant à savoir si la convention collective visée par l'arbitrage est en vigueur. L'arrêt de notre Cour *Bradburn*, précité, permet de formuler cette proposition. Toutefois, c'est la signification de cette conclusion qui est la vraie question litigieuse en l'espèce. Si la question est arbitrable, alors l'arbitre est compétent tout au moins dans le sens restreint qu'il est habilité à trancher cette question. La plus grande difficulté est de savoir si cet examen relève de la compétence *stricto sensu* de l'arbitre. C'est-à-dire a-t-il le droit de se tromper? C'est la question sur laquelle la Cour s'est partagée dans l'arrêt *Bradburn* et c'est la question qu'il nous faut trancher en l'espèce.

Il peut être utile à ce stade de passer en revue brièvement la jurisprudence en matière d'arbitrage sous le régime de la Loi antérieure à l'arrêt *Bradburn*, afin de faire la lumière sur ces questions de compétence. Palmer, *op. cit.*, aux pp. 95 à 98, et Brown et Beatty, dans *Canadian Labour Arbitration* (3^e éd. 1992), à la p. 4-1, font cet historique. Jusqu'en 1961, la Loi avait investi la Commission des relations de travail du pouvoir exclusif de décider [TRADUCTION] «si une convention collective a été conclue ou si elle est en vigueur»: *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, ch. 202, al. 79(1)d). Bien que cette disposition ait été abrogée en 1962 (*An Act to amend The Labour Relations Act*, S.O. 1961-62, ch. 68, art. 13), les arbitres ont continué de refuser de procéder à un arbitrage quand l'une des parties contestait l'existence de la convention collective en cause: voir *Re Bricklayers' & Masons' Union, Local 1, and Wilchar Construction Ltd.* (1962), 12 L.A.C. 347; *Re Fortune Footwear and United Textile Workers of America, Local 369* (1980), 25 L.A.C. (2d) 350. Selon l'opinion prédominante, les arbitres n'avaient même pas le pouvoir de trancher la question et on n'est jamais arrivé au droit de commettre une erreur. Ce point de vue était peut-être un vestige de la période où l'al. 79(1)d) était en vigueur, quoique la pratique ait subsisté pendant quelque temps. À venir jusqu'en 1978, les tribunaux semblaient obligés d'affirmer que la commission «n'avait plus» la compétence exclusive; voir *Re Carpenters' District Council of Toronto and Vicinity and Engineer-*

p. 447; see also *Re Bell Canada and Communication Workers of Canada* (1980), 27 L.A.C. (2d) 163, at pp. 170-71. However, during this period some arbitrators developed the practice of pressing forward with the merits of a grievance, despite a challenge to jurisdiction. It was this practice that was approved in *Bradburn*, first by the Ontario Court of Appeal (1976), 13 O.R. (2d) 56, and ultimately by this Court. The grievance in that case was triggered by a strike that, according to the employer, was waged during the currency of a collective agreement. The issue for the arbitrator was whether the collective agreement was in fact in existence, which in turn required an interpretation of both the agreement and the Act. The arbitrator decided that point, a practice which was approved by the Court of Appeal, at pp. 61-62:

The final argument on behalf of the appellant was that a board of arbitration does not have the power to determine the very existence of the collective agreement. But here the board had to determine that threshold question and make the necessary preliminary assumption. It assumed that the agreement continued in operation and then proceeded with the hearing. It was a correct assumption and its proceedings were valid.

This method of proceeding, couched in terms of a "preliminary assumption", indicates the limited capacity then thought to exist for the arbitrator to decide such "threshold questions". As well, it is evident from these comments that there was no question but that the correctness of such assumptions would be open to judicial review.

This Court was unanimous in finding that the arbitrator in *Bradburn* had the power to determine the existence of the collective agreement, but divided on the appropriate scope of judicial review. Estey J., writing for the majority, endorsed the finding of the Court of Appeal, at pp. 854-55:

The threshold problem which reared its head at each level on which this debate has occurred is whether or not an arbitration board may properly interpret a collective agreement so as to determine whether the agreement was in effect at the time of the arbitration; in other words to determine whether or not the Board itself was properly constituted and was acting within the contrac-

ing Structures and Components (1978), 19 O.R. (2d) 445 (C. div.), à la p. 447; voir aussi *Re Bell Canada and Communication Workers of Canada* (1980), 27 L.A.C. (2d) 163, aux pp. 170 et 171. Toutefois, pendant cette période, certains arbitres ont pris l'habitude d'examiner le fond d'un grief malgré la contestation de leur compétence. C'est cette pratique qui a été approuvée dans l'affaire *Bradburn*, d'abord par la Cour d'appel de l'Ontario (1976), 13 O.R. (2d) 56, puis finalement par notre Cour. Dans cette affaire, le grief découlait d'une grève qui, d'après l'employeur, avait été déclenchée pendant la durée d'une convention collective. Il s'agissait pour l'arbitre de décider si la convention collective était effectivement en vigueur, ce qui obligeait à interpréter la convention et la Loi. L'arbitre a statué sur ce point, ce qu'a approuvé la Cour d'appel, aux pp. 61 et 62:

[TRADUCTION] Selon le dernier argument avancé au nom de l'appelant, un conseil d'arbitrage n'a pas le pouvoir de statuer sur l'existence même de la convention collective. Mais, en l'espèce, le conseil devait trancher cette question préliminaire et formuler l'hypothèse préalable nécessaire. Il a présumé que la convention était toujours en vigueur et a ensuite tenu l'audience. Cette hypothèse était juste et les procédures étaient valides.

Cette façon de procéder, exprimée en termes d'[TRADUCTION] «hypothèse préalable», indique qu'on jugeait à l'époque que le pouvoir de l'arbitre de statuer sur de telles [TRADUCTION] «questions préliminaires» était limité. Il ressort également de ces observations que l'exactitude de ces hypothèses pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Dans l'arrêt *Bradburn*, notre Cour a conclu à l'unanimité que l'arbitre avait le pouvoir de statuer sur l'existence de la convention collective, mais les avis ont été partagés sur la question de l'étendue du contrôle judiciaire. Le juge Estey, s'exprimant au nom de la majorité, souscrit à la conclusion de la Cour d'appel, aux pp. 854 et 855:

Le principal problème qui a surgi à chaque étape est de savoir si un conseil d'arbitrage peut à bon droit interpréter une convention collective pour déterminer si elle est en vigueur au moment de l'arbitrage; en d'autres termes, si le conseil lui-même est valablement constitué et agit dans les limites de la compétence conférée par la convention. En réalité, il faut dire que l'avocat de l'ap-

tually conferred jurisdiction. Counsel for the appellant, in fairness to him, did no more than present the argument which I find sufficiently answered by the terms of s. 37(1) [now s. 44(1)] of *The Labour Relations Act* which make all matters subject to arbitration including "any question as to whether a matter is arbitrable." There is no other practical solution to this question because if the Board cannot determine whether the agreement continues in effect and hence its own proper existence, it is difficult to find the jurisdiction elsewhere. Of course if the Board is wrong in law as to the pendency of the collective agreement, its decision is a nullity, and thus within the reach of a court of law. [Emphasis added.]

Estey J. found that the board had jurisdiction in the sense of having the authority to decide the question of whether a collective agreement was in existence, and such authority was granted by the arbitrability provisions of s. 44(1). However, the board's determination was reviewable to a standard of correctness.

Laskin C.J., writing for the minority, took a different view of the task of the reviewing courts. He stated at pp. 848-50:

To me the threshold question is the scope of review of the decision of the arbitration board to which was referred the employers' claim for damages for an allegedly unlawful strike. Although review of the arbitration board's decision for error of law on the face of the record is open in the absence of a privative statutory provision, the concept of error of law is a very elusive one where it turns on the interpretation of words of a collective agreement which are involved in the arbitration. That is why courts generally, and certainly this Court, have taken the position that if the arbitration board has given the relevant words of the collective agreement an interpretation which those words could reasonably bear, they will not interfere with the arbitration board's determination.

There are two limitations on the policy of non-interference. The first is where a question of jurisdiction is involved, and the second is where a statute falls to be construed by the board of arbitration. . . .

The present case appears, at first blush, to involve both of the limitations on non-interference which I have mentioned. The grievance before the arbitration board was brought under the very collective agreement whose

pelant n'a fait que présenter sa thèse à laquelle répond, selon moi, le par. 37(1) [maintenant le par. 44(1)] de *The Labour Relations Act* qui permet de soumettre à l'arbitrage toute question, y compris [TRADUCTION] «toute question relative au point de savoir si un sujet peut être soumis à l'arbitrage». Il n'existe aucune autre solution pratique, car si le conseil ne peut déterminer si la convention est encore en vigueur et, de là, s'il est légalement constitué, il est difficile de déterminer où se situe cette compétence. Si le conseil erre en droit quant à l'applicabilité de la convention collective, sa décision est nulle et relève alors de la compétence d'une cour de justice. [Je souligne.]

Le juge Estey a conclu que le conseil était compétent en ce sens qu'il avait le pouvoir de décider si une convention collective était en vigueur et ce pouvoir lui était conféré par les dispositions du par. 44(1) relatives à l'arbitrabilité. Toutefois, la décision du conseil pouvait faire l'objet d'un contrôle selon la norme de l'absence d'erreur.

Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la minorité, perçoit différemment la tâche des tribunaux d'examen. Aux pages 848 à 850, il dit ceci:

À mon avis, il s'agit principalement de fixer les limites du pouvoir d'examen de la sentence du conseil d'arbitrage qui a entendu la demande de dommages-intérêts des employeurs pour ce qu'ils prétendent être une grève illégale. Même si, en l'absence de disposition légale l'interdisant, on peut procéder à l'examen de la sentence du conseil d'arbitrage pour erreur de droit apparente au dossier, le concept même d'erreur de droit est difficile à cerner lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes d'une convention collective, qui sont soumis à l'arbitrage. C'est pourquoi les tribunaux en général, et certainement cette Cour, préfèrent ne pas modifier la sentence du conseil d'arbitrage si ce dernier a donné aux termes de la convention collective une interprétation acceptable.

Ce principe connaît deux restrictions, lorsqu'une question de compétence est en cause et lorsqu'il incombe au conseil d'arbitrage d'interpréter une loi dans l'examen du grief qui lui est soumis . . .

À première vue, la présente cause implique les deux restrictions dont j'ai parlé. Le grief soumis à l'arbitrage a été présenté en vertu de la convention collective dont l'applicabilité même pendant la grève était la seule

continued existence during the period of the strike was the only issue before the tribunal. Further, the effect of articles 13.01 and 13.02 of that collective agreement engaged, in the view of the arbitration board and of the Ontario Divisional Court and the Ontario Court of Appeal, certain provisions of *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232 and especially s. 44 [now s. 52].

The parties here provided however, in their collective agreement that arbitrability should itself be within the jurisdiction of a board of arbitration, as indeed is directed by s. 37(1) of *The Labour Relations Act*. I consider the question of the duration or subsistence of the collective agreement under its termination terms to be subsumed under the issue of arbitrability confined to the board. It may be that prior to the enactment of s. 37(1) an issue of arbitrability, although one that a board could properly determine (lest it be stultified by a mere objection to its right to proceed), was fully reviewable as raising a jurisdictional question, but I do not regard this as any longer true in the light of s. 37(1) and of the provisions of a collective agreement which, as here, bring arbitrability expressly within the scope of authority of an arbitration board. [Emphasis added.]

As an aside, I note that Laskin C.J. was of the view that the arbitrator's decision was not protected by a privative clause, a conclusion that is implicit in the reasons of Estey J. However, what is more important in the present context is his conclusion that the language of s. 44 brings questions of arbitrability fully within the jurisdiction of the arbitrator, so that any decision could only be reviewed to a standard of patent unreasonability.

The decision of this Court in *Bradburn* is directly applicable to the present case and, despite the dissenting views of Laskin C.J., it would appear that the arbitrator's finding should also be reviewed to a standard of correctness. In *Bradburn*, the arbitrator was required to determine whether a collective agreement was in force at the time the employer's grievance arose. The same conceptual problem faced the arbitrator in the present case. Although the issue here is not whether the agreement is "in force"—it is undisputed that the agreement expired prior to the grievance—the

question en litige devant le conseil. En outre, selon le conseil d'arbitrage, la Cour divisionnaire de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario, l'application des art. 13.01 et 13.02 de cette convention collective mettait en cause certaines dispositions de *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, chap. 232, et notamment son art. 44 [maintenant l'art. 52].

[Les parties] ont cependant prévu dans leur convention collective que la question de l'arbitrabilité est de la compétence d'un conseil d'arbitrage, comme le prescrit d'ailleurs le par. 37(1) de *The Labour Relations Act*. À mon avis, la question de la durée ou de l'existence de la convention collective, aux termes des dispositions relatives à son expiration, est subordonnée à celle de l'arbitrabilité, qui est confiée au conseil. Il se peut qu'avant l'adoption du par. 37(1), toute question d'arbitrabilité que le conseil pouvait légalement trancher (sans quoi toute objection aurait suffi à paralyser la procédure) pouvait être examinée à titre de question de compétence. À mon avis, ce n'est plus vrai aux termes du par. 37(1) et des dispositions d'une convention collective qui, comme en l'espèce, accordent expressément au conseil d'arbitrage le pouvoir de déterminer ce qui peut lui être soumis. [Je souligne.]

Je souligne, en passant, que le juge en chef Laskin était d'avis que la décision de l'arbitre n'était pas protégée par une clause privative, laquelle conclusion est implicite dans les motifs du juge Estey. Toutefois, ce qui importe plus dans le présent contexte, c'est sa conclusion que, selon le texte de l'art. 44, l'arbitre a parfaitement compétence pour statuer sur les questions d'arbitrabilité, de sorte que toute décision ne pouvait être contrôlée que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

L'arrêt de notre Cour *Bradburn* s'applique directement à la présente affaire et, en dépit de l'opinion dissidente du juge en chef Laskin, il semblerait que la conclusion de l'arbitre doive aussi être contrôlée en fonction de la norme de l'absence d'erreur. Dans l'arrêt *Bradburn*, l'arbitre devait décider si une convention collective était en vigueur au moment où le grief de l'employeur a pris naissance. L'arbitre était confronté au même problème conceptuel en l'espèce. Même si, en l'espèce, il ne s'agit pas de décider si la convention est «en vigueur»—personne ne conteste que la con-

broader question is the same as in *Bradburn*; does the collective agreement continue to determine the rights and obligations of the parties on the matter being grieved? As such, *Bradburn* appears to determine the proper scope of review, and it is for the union to demonstrate why we should disregard the majority judgment in that case in favour of the approach favoured by Laskin C.J. The union, though it did not argue the point in these terms, appears to rely on the argument that *Bradburn* has been overtaken by developments in the area of judicial review and should no longer be followed. I recognize, of course, that the law of judicial review has evolved since *Bradburn*, which was decided before the seminal judgment of Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*. Cases decided under the old paradigm remain relevant, but must now be examined in the light of the “pragmatic and functional approach” to judicial review since adopted by this Court; see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, *supra*, at p. 1095.

I turn, then, to a consideration of the case from a pragmatic and functional perspective. To begin with, it may be helpful to recast the judgments of this Court in *Bradburn* in the newer terminology of the post-*Bibeault* era. In *Bradburn* both the majority and the minority found that the arbitrability provisions in the Act had some effect on the jurisdiction of the arbitrator. For Estey J., the provision enabled the arbitrator to decide the question but did not grant the power to be wrong. In the words of Beetz J. in *Bibeault*, the arbitrator in *Bradburn* did not have jurisdiction “*stricto sensu*”. This notion was explained by Beetz J. as follows in *Bibeault*, at p. 1083:

S.A. de Smith (*Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 114) defines a preliminary question as follows: “A preliminary or collateral question is said to be one that is collateral to ‘the merits’ or

vention a expiré avant le dépôt du grief—la question générale est la même que dans l’affaire *Bradburn*: la convention collective continue-t-elle de régir les droits et les obligations des parties quant à la question qui fait l’objet du grief? À ce titre, l’arrêt *Bradburn* semble déterminer l’étendue appropriée du contrôle et il incombe au syndicat de démontrer pourquoi nous devrions ignorer les motifs de jugement majoritaires dans cette affaire et retenir la solution préconisée par le juge en chef Laskin. Quoiqu’il n’ait pas débattu ce point dans ces termes, le syndicat semble se fonder sur l’argument selon lequel l’arrêt *Bradburn* a été dépassé par les progrès constatés dans le domaine du contrôle judiciaire, et ne devrait plus être suivi. Évidemment, je reconnais que le droit en matière de contrôle judiciaire a évolué depuis l’arrêt *Bradburn* qui a été rendu avant l’arrêt charnière du juge Dickson (plus tard Juge en chef) *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité. Les arrêts rendus suivant l’ancien paradigme demeurent pertinents, mais ils doivent maintenant être examinés en fonction de la façon «pragmatique et fonctionnelle» d’aborder le contrôle judiciaire que notre Cour a depuis lors adoptée; voir *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, précité, à la p. 1095.

Je vais maintenant examiner le cas qui nous occupe d’un point de vue pragmatique et fonctionnel. Pour commencer, il peut être utile de reformuler les motifs de notre Cour dans l’affaire *Bradburn* en utilisant la nouvelle terminologie qui découle de l’arrêt *Bibeault*. Dans l’arrêt *Bradburn*, la majorité et la minorité ont conclu que les dispositions de la Loi relatives à l’arbitrabilité avaient un effet sur la compétence de l’arbitre. Selon le juge Estey, la disposition habilitait l’arbitre à trancher la question, mais ne lui donnait pas le pouvoir de se tromper. Pour reprendre les propos du juge Beetz dans l’arrêt *Bibeault*, l’arbitre dans l’affaire *Bradburn* n’avait pas la compétence «*stricto sensu*». Le juge Beetz explique cette notion dans l’arrêt *Bibeault*, à la p. 1083:

S. A. de Smith (*Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), à la p. 114) définit comme suit la condition préalable: [TRADUCTION] «On dit qu’une question préliminaire ou incidente est incidente au «fond» ou

to 'the very essence of the inquiry'; it is 'not the main question which the tribunal has to decide'" (footnote references omitted). In so far as the determination of whether the prerequisite has been met (the preliminary or collateral question) is not the main question which the tribunal has to decide, it is not within its jurisdiction *stricto sensu*. I say *stricto sensu* because the tribunal is generally required to decide the preliminary or collateral question as well, before exercising the powers it has, but as this question determines its jurisdiction it cannot err in deciding it. Any error in the matter amounts to a refusal to exercise its jurisdiction *stricto sensu* or an excess of jurisdiction *stricto sensu* by the Court, and makes its decision illegal and void. [Emphasis added.]

Employing this terminology, Laskin C.J. was of the view that s. 44 of the Act gave the arbitrator jurisdiction *stricto sensu*. This, then, is the fundamental point of departure between the two judgments, as stated in the terms employed in *Bibeault*. Of course, this terminology is drawn from the theoretical discussions in *Bibeault*, and as Beetz J. noted there at p. 1086, the theoretical basis of the preliminary or collateral question doctrine is "unimpeachable". But *Bibeault* instructs us to move beyond these theoretical constructs to a more functional and pragmatic analysis, focusing on the intent of the legislature. The question becomes, as Beetz J. stated at p. 1087: "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" This is the new light by which the *Bradburn* decision should now be considered.

This Court has now applied the pragmatic analysis, with its various *indicia* of jurisdiction, in three cases: *Bibeault* itself, *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, and *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614. Two other recent judicial review cases did not squarely address jurisdictional issues. In *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, *supra*, the jurisdiction of the import tribunal was assumed by the majority, as is noted in Wilson J.'s dissenting judgment. In *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the*

à «l'essence même de l'enquête»; il ne s'agit pas «de la question principale que le tribunal doit trancher» (renvois omis). Dans la mesure où la détermination de l'existence de la condition préalable (la question préliminaire ou incidente) n'est pas la question principale que le tribunal doit trancher, elle ne relève pas de sa compétence *stricto sensu*. Je dis *stricto sensu* parce que le tribunal est généralement tenu de la trancher elle aussi, avant d'exercer les pouvoirs qui lui sont propres, mais comme cette question détermine sa compétence, il ne peut errer en la tranchant. Toute erreur en la matière entraîne un refus d'exercer sa compétence *stricto sensu* ou un excès de compétence *stricto sensu* de la part du tribunal et frappe sa décision d'illégalité et de nullité. [Je souligne.]

Employant cette terminologie, le juge en chef Laskin était d'avis que l'art. 44 de la Loi conférait à l'arbitre la compétence *stricto sensu*. Voilà donc le point de divergence fondamental entre les deux jugements, tel qu'énoncé dans les termes utilisés dans l'arrêt *Bibeault*. Bien sûr, cette terminologie est tirée des analyses théoriques faites dans l'arrêt *Bibeault* et, comme le juge Beetz l'a fait remarquer, à la p. 1086, le fondement théorique du principe de la question préliminaire ou incidente est «inattaquable». Mais l'arrêt *Bibeault* nous enseigne qu'il faut aller au-delà de ces constructions théoriques et procéder à une analyse plus pragmatique et fonctionnelle, axée sur l'intention du législateur. Comme le dit le juge Beetz, à la p. 1087, la question devient celle-ci: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?» C'est sous ce nouveau jour qu'il y a lieu désormais d'étudier l'arrêt *Bradburn*.

Notre Cour a maintenant appliqué l'analyse pragmatique et ses divers indices de compétence dans trois arrêts: l'arrêt *Bibeault* lui-même, l'arrêt *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, et l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614. Deux autres arrêts récents en matière de contrôle judiciaire n'ont pas abordé directement des questions de compétence. Dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, précité, la majorité a présumé que le tribunal des importations avait compétence, comme le fait observer le

Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740, [1990] 3 S.C.R. 644, jurisdiction of the tribunal was doubted by McLachlin J., but she proceeded on the assumption that the tribunal was acting within its jurisdiction. Consideration of the factors enumerated by Beetz J. can, therefore, be informed by reference to these decisions.

The starting point in this analysis is the wording of the statute. As is apparent from the discussion above, the wording of the precise grant of power in s. 44 is not determinative of the scope of an arbitrator's jurisdiction. *Bradburn* demonstrates that rendering a matter "arbitrable" under s. 44 does not thereby determine the jurisdictional content of that grant of power. We must look further afield, considering first the context of these words in s. 44, and the broader structure of the statute. In viewing the text of s. 44(2) as a whole, I have no doubt that the power to determine arbitrability will for many "matters" connote a grant of jurisdiction *stricto sensu*. Specifically, when the "matter" must be measured against the collective agreement to determine if it is arbitrable, the arbitrator will have the right to be wrong. This takes account of the entire purpose of the provision, which is to empower the arbitrator to deal with differences between the parties relating to the agreement. Moreover, this is in accord with the arbitrator's core area of expertise. After all, the most frequent challenge of an arbitrator's jurisdiction is an assertion by one of the parties that the incident underlying a grievance is not contemplated by the collective agreement. These issues are resolved by the arbitrator's application of the facts to the agreement as he or she interprets it, and this process is clearly intended to be left to the expertise of the arbitrator. However, when it comes to determining whether a collective agreement governs the rights and obligations of the parties irrespective of the interpretation of that agreement, the arbitrator has no benchmark; the existence or subsistence of the collective agreement itself is called into question. Although the arbitrator has the power to decide

juge Wilson dans ses motifs de dissidence. Dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, le juge McLachlin a mis en doute la compétence du tribunal, mais elle a rendu sa décision en présupposant qu'il agissait conformément à sa compétence. On peut donc étudier les facteurs énumérés par le juge Beetz en se reportant à ces arrêts.

Le point de départ de cette analyse est le texte de la Loi. Comme il appert de notre analyse ci-dessus, la formulation de l'attribution précise de pouvoir à l'art. 44 n'est pas déterminante quant à l'étendue de la compétence d'un arbitre. L'arrêt *Bradburn* démontre que rendre une question «arbitrable» en vertu de l'art. 44 ne détermine pas pour autant le contenu de la compétence qui découle de cette attribution de pouvoir. Il nous faut aller plus loin et tenir compte, d'abord, du contexte de ces mots à l'art. 44, puis de l'économie générale de la Loi. Compte tenu de l'ensemble du texte du par. 44(2), je ne doute aucunement que le pouvoir de statuer sur l'arbitrabilité signifiera, pour bien des questions, l'attribution d'une compétence *stricto sensu*. Plus précisément, s'il doit apprécier la question en fonction de la convention collective pour décider si elle est arbitrable, l'arbitre aura le droit de se tromper. Cela tient compte de tout l'objectif de la disposition qui est d'habiliter l'arbitre à régler les différends entre les parties relativement à la convention. De plus, cela correspond au domaine d'expertise fondamental de l'arbitre. Après tout, la façon la plus fréquente de contester la compétence d'un arbitre est l'affirmation par l'une des parties que l'incident à l'origine d'un grief n'est pas envisagé par la convention collective. L'arbitre règle ces questions en appliquant les faits à la convention telle qu'il l'interprète et on a clairement voulu que ce processus ressortisse à son expertise. Toutefois, lorsqu'il s'agit de décider si une convention collective régit les droits et les obligations des parties indépendamment de l'interprétation de cette convention, l'arbitre ne dispose d'aucun point de repère; l'existence ou la survie de la convention collective elle-même est mise en

these questions, he or she must be correct in doing so.

To summarize, while the concepts of arbitrability and jurisdiction will frequently overlap, they are not synonymous. This distinction is illustrated by the reasons of the arbitration board in *Re Goodyear Canada Inc. and United Rubber Workers, Local 232* (1980), 28 L.A.C. (2d) 196. There, the union alleged the breach of three successive collective agreements, in that the employer wrongfully deprived its employees of premium pay during the continuance of these agreements. The employer argued that the arbitration board had jurisdiction only as regards the current agreement, and the board accepted that position, clarifying the scope of its decision in the following manner, at p. 197:

The parties agreed that the board should determine the preliminary issue of its jurisdiction before proceeding to the merits of the grievance. This award is therefore restricted to that issue. For the purposes of clarity, it should be emphasized that the issue is whether this board is properly constituted to hear the grievance in relation to the expired collective agreements. That is a question separate and distinct from whether the grievances should, having regard to delay, the conduct of the parties or any other factor, be found to be arbitrable by a board of arbitration properly constituted to hear them. [Emphasis added.]

Thus “arbitrability” did not go to the larger jurisdictional question before the arbitration board in that case. In the course of its reasons, the board made the following comments, at p. 200:

... it is entirely proper for a board of arbitration constituted by the parties under an agreement or its statutory extension to rule on its own jurisdiction to hear a grievance arising out of the same agreement.

. . .

When a board of arbitration that has been constituted by the agreement of the parties under a given collective agreement rules on its own jurisdiction to hear a grievance arising under the same agreement it does no procedural violence to the statutory scheme whereby disputes between the parties are to be resolved. The question is

doute. Même si l'arbitre a le pouvoir de trancher ces questions, il doit le faire sans commettre d'erreur.

En résumé, bien que les notions d'arbitrabilité et de compétence se chevauchent souvent, elles ne sont pas synonymes. Cette distinction est illustrée par les motifs du conseil d'arbitrage dans *Re Goodyear Canada Inc. and United Rubber Workers, Local 232* (1980), 28 L.A.C. (2d) 196. Dans cette affaire, le syndicat a allégué que trois conventions collectives successives avaient été violées du fait que l'employeur avait privé à tort ses employés d'une prime pendant la durée de ces conventions. L'employeur a soutenu que le conseil d'arbitrage n'était compétent qu'à l'égard de la convention en vigueur et le conseil a accepté cette thèse, clarifiant la portée de sa décision de la manière suivante, à la p. 197:

[TRADUCTION] Les parties ont convenu que le conseil devait trancher la question préliminaire de la compétence avant de se prononcer sur le fond du grief. La présente sentence est donc limitée à cette question. Par souci de clarté, il y a lieu de souligner qu'il s'agit de savoir si le présent conseil a été régulièrement constitué pour entendre le grief relativement aux conventions collectives expirées. Cette question est distincte de celle de savoir si les griefs doivent, eu égard au délai, à la conduite des parties ou à tout autre facteur, être jugés arbitrables par un conseil d'arbitrage régulièrement constitué pour les entendre. [Je souligne.]

Ainsi, l'«arbitrabilité» ne concernait pas la question plus large de la compétence du conseil d'arbitrage dans cette affaire. Dans ses motifs, le conseil fait les observations suivantes, à la p. 200:

[TRADUCTION] ... il est tout à fait convenable qu'un conseil d'arbitrage constitué par les parties en application d'une convention ou de sa prolongation prévue par la Loi statue sur sa propre compétence pour entendre un grief découlant de la même convention.

i

. . .

Quand un conseil d'arbitrage qui a été constitué avec l'accord des parties, en application d'une convention collective donnée, statue sur sa propre compétence pour entendre un grief découlant de la même convention, il ne fait pas violence, sur le plan de la procédure, au régime légal de règlement des différends entre les par-

whether it does so when it goes beyond the bounds of that agreement. [Emphasis added.]

The board answered its own question in the affirmative. In other words, an arbitration board can properly take jurisdiction over grievances as they pertain to the collective agreement under which it is appointed, but when there is a dispute over whether the grievance pertains to some other agreement (or as the company alleges here, that it pertains to no agreement at all) then the board must determine its jurisdiction, and it must be correct in so doing.

The conclusions that emerge from the wording of the statute are confirmed by considering the role of the arbitrator within the arbitration scheme established by the Act. I have already reviewed the historical unwillingness of arbitrators to even consider the kind of question that arises in this case. It is important to note that this reluctance was not out of some sense of deference to the courts, but out of deference to the Labour Relations Board, which was thought for a time to have exclusive jurisdiction in the area. It will be recalled that until 1961 the Act reserved to the board the jurisdiction stipulated in what was then s. 79(1) in the following terms:

79.—(1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act, and, without limiting the generality of the foregoing, if any question arises in proceedings,

(d) as to whether a collective agreement has been made or as to whether it is in operation or as to who the parties are or who are bound by it or on whose behalf it was made;

the decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes

With the repeal of this provision in 1961, the jurisdiction over determinations of the status of collective agreements was uncertain. However, practice

ties. La question est de savoir s'il y fait violence lorsqu'il dépasse les limites de cette convention. [Je souligne.]

Le conseil a répondu à sa propre question par l'affirmative. Autrement dit, un conseil d'arbitrage peut à bon droit se déclarer compétent à l'égard de griefs qui se rapportent à la convention collective en vertu de laquelle il est constitué, mais en cas de conflit quant à la question de savoir si le grief se rapporte à une autre convention (ou, comme la société l'allègue en l'espèce, s'il ne se rapporte à aucune convention), le conseil doit alors décider s'il est compétent et il doit le faire sans commettre d'erreur.

Les conclusions qui ressortent du texte de la Loi sont confirmées par l'examen du rôle de l'arbitre dans le régime d'arbitrage établi par la Loi. J'ai déjà parlé du fait que, historiquement, les arbitres hésitent même à examiner le type de question qui se pose en l'espèce. Il importe de noter que cette réticence résulte non pas d'un sens de la retenue à l'égard des cours de justice, mais d'une retenue à l'égard de la Commission des relations de travail qui, a-t-on cru pendant un certain temps, avait une compétence exclusive en la matière. On se souviendra que, jusqu'en 1961, la Loi réservait à la Commission la compétence ainsi prévue dans ce qui était alors le par. 79(1):

[TRADUCTION] 79.—(1) La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi ou en vertu de celle-ci, et, sans limiter la généralité de ce qui précède, si, dans une instance, se pose la question

d) de savoir si une convention collective a été conclue ou si elle est en vigueur ou celle de savoir quelles en sont les parties ou quelles parties sont liées par elle ou au nom de quelles parties elle a été conclue;

la décision de la Commission sur cette question est finale et concluante à toutes fins. . .

Après l'abrogation de cette disposition en 1961, la compétence pour déterminer si une convention collective s'appliquait était incertaine. Toutefois, la

belied any uncertainty, as arbitrators continued to defer to the board: see *Re De Havilland Aircraft and United Automobile Workers* (1976), 13 L.A.C. (2d) 401, at pp. 404-7. A significant development occurred in 1975, with the addition of s. 112a to the Act; see *An Act to amend The Labour Relations Act*, S.O. 1975, c. 76, s. 30. This provision, which today is s. 124, gives the board power to hear grievances in the construction industry in exactly the same fashion as grievances filed with arbitrators under s. 44. In effect a "parallel jurisdiction" was established; see *Re Carpenters' District Council*, *supra*.

Thus, arbitrators would often defer to the board on questions pertaining to the existence of a collective agreement. Indeed, it is useful to compare the roles of the board and the arbitrator under the Act, and the different jurisdictional grants arising therefrom. A good starting point is to recall the strong privative clause in s. 108 which shields the board from jurisdictional review. It may at first glance seem inappropriate to consider the question of privity in the context of jurisdiction, but I do not think the scope of judicial review should be approached in a purely linear analysis of considering first jurisdiction and then searching for privative clauses shielding that jurisdiction. The process is more fluid than this, and the presence or absence of privative words is an indication of the scope of jurisdiction intended by the legislature; see, *Paccar*, *supra*, at pp. 1003 *et seq.*, and *Public Service Alliance of Canada*, *supra*, at p. 661. Here, the privative clause in s. 108 applies only to the board, and there is no comparable provision with respect to the arbitrator. The union contends, however, that the phrase "final and binding . . . between the parties" in s. 44 constitutes a privative clause, a contention accepted by the Court of Appeal. However, the most that can be said for the phrase is that it has limited privative effect on the issues in this appeal. That, indeed, may be going further than past decisions of this Court. In *Douglas Aircraft*, *supra*, a case involving s. 44 of the Act, Estey J. discussed the question of privity at p. 264 and

pratique a démenti l'incertitude, car les arbitres ont continué de s'en remettre à la Commission: voir *Re De Havilland Aircraft and United Automobile Workers* (1976), 13 L.A.C. (2d) 401, aux pp. 404 à 407. Un progrès important est survenu en 1975: l'al. 112a a été ajouté à la Loi; voir *An Act to amend The Labour Relations Act*, S.O. 1975, ch. 76, art. 30. Cette disposition, devenue l'art. 124, confère à la Commission le pouvoir d'entendre des griefs dans l'industrie de la construction exactement de la même manière que les griefs soumis à des arbitres en vertu de l'art. 44. En effet, une «compétence parallèle» a été établie; voir *Re Carpenters' District Council*, précité.

Ainsi, les arbitres s'en remettaient souvent à la Commission pour ce qui était des questions touchant l'existence d'une convention collective. En fait, il est utile de comparer les rôles de la Commission et de l'arbitre sous le régime de la Loi, ainsi que les différentes attributions de compétence qui en découlent. Comme point de départ, il serait bon de rappeler la clause privative stricte de l'art. 108 qui protège la Commission contre tout contrôle de compétence. À première vue, il peut sembler inopportun d'examiner la question des clauses privatives dans le contexte de la compétence, mais je ne pense pas que l'étendue du contrôle judiciaire doive faire l'objet d'une analyse purement linéaire consistant d'abord à examiner la compétence et ensuite à vérifier si elle est protégée par des clauses privatives. Le processus est plus fluide que cela et la présence ou l'absence de termes privatifs est une indication de l'étendue de la compétence que le législateur a voulu conférer; voir l'arrêt *Paccar*, précité, aux pp. 1003 et suiv., et l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité, à la p. 661. En l'espèce, la clause privative de l'art. 108 s'applique seulement à la Commission et il n'existe aucune disposition comparable au sujet de l'arbitre. Le syndicat soutient cependant que les mots «a force de chose jugée . . . entre les parties» de l'art. 44 constituent une clause privative, prétention qu'a acceptée la Cour d'appel. Toutefois, on peut dire tout au plus que ces mots ont un effet privatif limité sur les questions soulevées dans le présent pourvoi. En fait, il se peut que

apparently refused to even consider s. 44 as a privative clause:

This case raises the difficult and fundamental question as to the scope for judicial review of a labour arbitration board's decision. Such an arbitration board is not, by the terms of *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232 as amended, protected from judicial review by *certiorari* or otherwise as is the Ontario Labour Relations Board established under that Act, because the section in question, generally referred to as a privative clause, is limited to the Ontario Labour Relations Board. *Vide s. 97, The Labour Relations Act.*

Although Estey J. was dissenting in *Douglas Aircraft*, the majority appears to have concurred with his approach to the interpretation of the Act. As such, this Court has, by inference at least, ruled against the privative effect of s. 44.

Whatever the status of the clause in s. 44, the section should be contrasted with the strong and explicit privative clause in s. 108 protecting decisions of the Labour Relations Board. Clearly, if the legislature had intended to mandate the same judicial deference to an arbitrator as to the board, it could simply have brought the arbitrator under the shelter of s. 108. That is not the case, and I am left with the conclusion that the legislation contemplates a more limited shield against judicial review for decisions of an arbitrator. The Court of Appeal came to a very different conclusion based on certain jurisprudence in Ontario, culminating with *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E., Loc. 43, supra*, which has found that the "final and binding" clause, and like terminology in other statutes, constitutes a "form of privative clause" (at p. 275). As I understand the reasoning in this case law, it is based on a combination of the words themselves and a judicial policy of deference to the decisions of labour arbitrators. However, I have grave doubts as to the merits of this approach, at least in so far as it is used (as here) to elevate statutory words to a privative status not intended by the

cela aille plus loin que les arrêts antérieurs de notre Cour. Dans l'arrêt *Douglas Aircraft*, précité, qui traitait de l'art. 44, le juge Estey a analysé la question des clauses privatives à la p. 264 et a apparemment refusé de même considérer l'art. 44 comme une clause privative:

La présente affaire soulève la question difficile et fondamentale de l'étendue du pouvoir judiciaire de réviser la décision d'un conseil d'arbitrage en matière de relations de travail. En vertu de *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, chap. 232 et modifications, un tel conseil n'est pas à l'abri du contrôle judiciaire par voie de *certiorari* ou autrement comme l'est la Commission des relations de travail de l'Ontario constituée en vertu de cette loi, parce que l'article en question, généralement qualifié de clause privative, s'applique seulement à la Commission des relations de travail de l'Ontario. Voir l'art. 97, *The Labour Relations Act.*

Même si le juge Estey était dissident dans l'arrêt *Douglas Aircraft*, la Cour à la majorité a semblé souscrire à sa façon d'aborder l'interprétation de la Loi. Notre Cour a donc jugé, du moins par inférence, que l'art. 44 n'avait pas d'effet privatif.

Peu importe ce qui en est de la clause de l'art. 44, il y a lieu de mettre cet article en contraste avec la clause privative stricte et explicite de l'art. 108 qui protège les décisions de la Commission des relations de travail. De toute évidence, si le législateur avait voulu prescrire la même retenue judiciaire envers un arbitre qu'envers la Commission, il aurait pu simplement faire bénéficier l'arbitre de la protection de l'art. 108. Ce n'est pas le cas et je ne puis que conclure que la Loi envisage, pour les décisions d'un arbitre, une protection plus limitée contre le contrôle judiciaire. La Cour d'appel a tiré une conclusion très différente en se fondant sur une certaine jurisprudence ontarienne qui a abouti à l'arrêt *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E., Loc. 43*, précité, dans lequel on a conclu que la clause contenant les mots «a force de chose jugée et lie les parties», et les termes semblables employés dans d'autres lois, constitue une [TRADUCTION] «forme de clause privative» (à la p. 275). Si je ne m'abuse, le raisonnement dans cette jurisprudence repose sur une combinaison des mots eux-mêmes et du principe judiciaire de la retenue à l'égard des décisions arbitrales en

legislature. In this regard, I recognize that in *National Corn Growers*, *supra*, this Court found privative effect in the following phrase in s. 76 of the *Special Import Measures Act*, S.C. 1984, c. 25: “. . . every order or finding of the Tribunal is final and conclusive.” But the findings in *National Corn Growers* involved different words in a different statutory setting. One could quibble over the distinctions between the phrases “final and conclusive” and “final and binding upon the parties”, and to me the latter phrase does import less privative effect. But the important point is that the driving factor in that decision was not the clause alone but deference to the relative expertise of the administrative tribunal over the specialized questions involved. I do not think that decision precludes a determination that s. 44 of the Act in this case does not have privative effect.

Thus far, I have undertaken a functional analysis with respect to the wording of the statute and by comparing the jurisdictional grant with that afforded the board under the Act. A final factor I wish to address is the purpose of arbitration and the expertise of arbitrators. This is perhaps a *mélange* of several factors identified by Beetz J. in *Bibeault*, *supra*: the purpose of the statute, the reason for the tribunal’s existence, the expertise of its members, and the nature of the problem before it. In this case at least, I find these factors so intertwined as to be most conveniently considered in one analysis.

The jurisprudence of this Court, along with others, is clear on the purpose behind statutory arbitration of collective agreements—it is to provide for the speedy resolution of disputes over the administration of a collective agreement with minimal judicial intervention; see *Public Service Alliance of Canada*, *supra*, at pp. 634 and 661. More generally, administrative tribunals exist to allow decisions to be made by a specialized tribunal with

matière de relations du travail. Toutefois, je doute fort que cette analyse soit bien fondée, du moins dans la mesure où elle sert (comme en l’espèce) à ériger en clause privative des termes auxquels le législateur n’entendait pas donner cet effet. À cet égard, je reconnais que dans l’arrêt *National Corn Growers*, précité, notre Cour a conclu que les termes suivants, utilisés à l’art. 76 de la *Loi sur les mesures spéciales d’importation*, S.C. 1984, ch. 25, ont un effet privatif: «. . . les ordonnances ou conclusions du Tribunal sont définitives.» Mais les conclusions de l’arrêt *National Corn Growers* portaient sur des termes différents employés dans un autre cadre législatif. On pourrait ergoter sur les distinctions entre les mots «définitives» et «a force de chose jugée et lie les parties», et, selon moi, ces derniers ont un effet moins privatif. Toutefois, il importe de souligner que le facteur déterminant dans cet arrêt n’était pas la clause seulement, mais la retenue à l’égard de l’expertise relative du tribunal administratif relativement aux questions spécialisées qui étaient soulevées. Je ne pense pas que cette décision empêche de conclure que l’art. 44 de la Loi en l’espèce n’a pas d’effet privatif.

Jusqu’ici, j’ai entrepris une analyse fonctionnelle qui porte sur le texte de la Loi et qui compare la compétence attribuée à celle dont la Commission est investie en vertu de la Loi. Il reste un dernier facteur à étudier: l’objet de l’arbitrage et l’expertise des arbitres. Il s’agit peut-être d’un mélange de plusieurs facteurs énumérés par le juge Beetz dans l’arrêt *Bibeault*, précité: l’objet de la Loi, la raison d’être du tribunal, l’expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal. En l’espèce tout au moins, j’estime que ces facteurs sont tellement entremêlés qu’il convient d’en faire une analyse globale.

Quant à l’objet qui sous-tend l’arbitrage légal de conventions collectives, la jurisprudence de notre Cour et d’autres tribunaux est claire—pourvoir au règlement rapide des différends relatifs à l’application d’une convention collective avec un minimum d’intervention judiciaire; voir l’arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité, aux pp. 634 et 661. De manière plus générale, les tribunaux administratifs ont été créés pour que les décisions

particular expertise in a relevant area of law; see *National Corn Growers*, at p. 1346. What, then, is the expertise of a labour arbitrator? Undoubtedly it is the interpretation of collective agreements, and the resolution of factual disputes pertaining to them. An arbitrator's expertise is in a limited sense related to labour relations policy, but it must be conceded that it falls short of the wide ranging policy-making function sometimes delegated to labour boards, as in *Paccar*, *supra*. In short, an arbitration board falls towards the lower end of the spectrum of those administrative tribunals charged with policy deliberations to which the courts should defer. Similarly, tribunals vested with the responsibility to oversee and develop a statutory regime are more likely to be entitled to judicial deference: see *Paccar*, at p. 1003, and *Public Service Alliance of Canada*, at pp. 662-63. By contrast, in *Bibeault* the labour commissioner whose jurisdiction was at issue was not charged with the implementation of a statutory scheme, a factor mitigating against the commissioner's jurisdiction.

In the present case, the *Labour Relations Act* clearly assigns a general supervisory role to the Ontario Labour Relations Board. Its mandate is set out in s. 103 under 11 heads of power, including the right to inquire into any alleged contravention of the Act. Moreover, the board may decide references from the Minister of Labour, pursuant to s. 107. As already discussed, the decisions of the board are shielded by a strong privative clause, s. 108. In contrast, the arbitrator's role is confined to the resolution of grievances under a collective agreement. In my view, the relative expertise of board members and arbitrators must be presumed to be commensurate with the scope of these divergent statutory mandates.

Having considered the statutory mandate and expertise of an arbitration board, the next step is to evaluate the extent to which the present case turns

soient rendues par des tribunaux spécialisés dans un domaine pertinent du droit; voir *National Corn Growers*, à la p. 1346. Quel est donc le domaine d'expertise d'un arbitre en matière de relations du travail? Sans aucun doute, c'est l'interprétation de conventions collectives et le règlement de conflits factuels y relatifs. L'expertise d'un arbitre se rapporte, dans un sens limité, à la politique des relations du travail, mais il faut reconnaître qu'elle est plus circonscrite que la fonction de grande envergure, en matière d'élaboration de politiques, qui est parfois déléguée aux commissions des relations du travail, comme dans l'arrêt *Paccar*, précité. Bref, un conseil d'arbitrage se situe au bas de l'échelle des tribunaux administratifs chargés de procéder à des délibérations de principe auxquelles les cours de justice devraient s'en remettre. De même, les tribunaux chargés de surveiller et de développer un régime légal sont plus susceptibles d'avoir droit à la retenue judiciaire: voir les arrêts *Paccar*, à la p. 1003, et *Alliance de la Fonction publique du Canada*, aux pp. 662 et 663. Par contre, dans l'arrêt *Bibeault*, le commissaire du travail dont la compétence était en cause n'était pas chargé de la mise en œuvre d'un régime légal, ce qui militait contre la compétence du commissaire.

En l'espèce, la *Loi sur les relations de travail* attribue clairement un rôle général de surveillance à la Commission des relations de travail de l'Ontario. Son mandat est énoncé à l'art. 103 sous 11 chefs de compétence; elle a notamment le droit d'enquêter sur toute allégation d'infraction à la Loi. De surcroît, la Commission peut statuer sur les renvois soumis par le ministre du Travail, conformément à l'art. 107. Comme nous l'avons déjà vu, les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative stricte, savoir l'art. 108. Par contre, le rôle de l'arbitre est limité au règlement des griefs fondés sur une convention collective. À mon avis, il faut présumer que l'expertise relative des membres de la Commission et des arbitres est proportionnelle à la portée de ces mandats divergents attribués par la Loi.

Après avoir examiné le mandat légal et l'expertise d'un conseil d'arbitrage, il faut ensuite évaluer la mesure dans laquelle l'issue de la présente

on questions falling within that area of expertise. In *Paccar*, for example, I found that the question there at issue fell within the expertise of the board. In particular, I rejected the argument that certain common law principles were in play, thereby closing the gap between the expertise of the tribunal and the overseeing courts. This result can be contrasted with *Bibeault* where the question to be decided turned on an evaluation of the civil law and, as such, fell outside the tribunal's exclusive expertise. In my view, the present case is like *Bibeault*. Here, the question to be decided requires consideration of concepts that are analogous to certain common law notions—"vesting" and accrued contractual rights—that fall outside the tribunal's sphere of exclusive expertise. I do not wish to suggest that arbitrators are not competent to apply common law concepts—they obviously tap into common law principles every day in the course of their decision making. But in these matters the arbitrator has no exclusive or unique claim to expertise.

In conclusion, a functional analysis of the jurisdiction of the labour arbitrator in this case leads to the same conclusion as was reached by this Court in *Bradburn, supra*; in deciding whether a collective agreement continues to determine the rights and obligations between the parties, the arbitrator is required to be correct. The remaining question, then, is whether the arbitrator was in fact correct in determining that he had jurisdiction to hear this grievance.

In the course of these reasons, I have commented only in a tangential way on the proper standard of review for questions clearly within the jurisdiction of the arbitrator. I have now had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Cory, which for the most part relate to this issue. I have not dealt with this point at length because the entire focus of this part of my reasons has been to deal with the sometimes difficult issue of whether the question is a jurisdictional question or one that is a question within jurisdiction, using

affaire dépend de questions ressortissant à ce domaine d'expertise. Dans l'arrêt *Paccar*, par exemple, j'ai conclu que la question litigieuse relevait de l'expertise de la commission. En particulier, j'ai repoussé l'argument voulant que certains principes de common law étaient en jeu, ce qui avait pour effet de supprimer l'écart entre l'expertise du tribunal et les tribunaux de surveillance judiciaires. Ce résultat peut être mis en contraste avec l'arrêt *Bibeault*, dans lequel la question à trancher nécessitait l'évaluation du droit civil et sortait, en tant que telle, du champ d'expertise exclusif du tribunal. À mon avis, l'espèce ressemble à l'affaire *Bibeault*. Ici, la question à trancher exige l'examen de notions qui sont analogues à certaines notions de common law—«droits acquis» et droits accumulés par contrat—qui sortent du champ d'expertise exclusif du tribunal. Je ne veux pas dire que les arbitres ne sont pas compétents pour appliquer les notions de common law—ils puisent manifestement tous les jours dans les principes de common law pour exercer leur pouvoir décisionnel. Mais pour ces questions, l'arbitre ne saurait revendiquer une expertise exclusive ou unique.

En conclusion, une analyse fonctionnelle de la compétence de l'arbitre en matière de relations du travail en l'espèce nous amène à la même conclusion que celle tirée par notre Cour dans l'arrêt *Bradburn*, précité: en décidant si une convention collective continue de déterminer les droits et les obligations des parties, l'arbitre ne doit pas commettre d'erreur. Il reste donc à décider si l'arbitre a eu raison de déterminer qu'il était compétent pour entendre ce grief.

Dans les présents motifs, je n'ai traité qu'entre parenthèses de la norme appropriée d'examen des questions qui relèvent nettement de la compétence de l'arbitre. J'ai maintenant pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory qui, en majeure partie, touchent à cette question. Je n'ai pas analysé ce point en profondeur parce que cette partie de mes motifs a été consacrée entièrement à l'examen de la question parfois difficile de savoir s'il s'agit d'une question de compétence ou d'une question qui relève de la compétence, en recourant

the pragmatic and functional approach from *Bibeault, supra*. A careful consideration of whether a question goes to jurisdiction is required if the objective, shared by Cory J., is to be reached of limiting excessive review of administrative tribunals. Cory J. suggests at p. 311 that the rules related to the standard of review should be “simple, straightforward and easy to follow”. While this would appear to be a desirable objective, as Beetz J. quite properly recognized in *Bibeault*, what is apparent in theory is sometimes complex in practice; what is or is not a jurisdictional question sometimes requires more effort and elaboration.

On issues within jurisdiction, I do not attach the importance to the difference in the wording of “final and conclusive” and “final and binding” that Cory J. attributes to me. I do not believe that one is simply privative and the other not. The difference between these phrases is much less significant than that between either of them and the expansive privative clause in s. 108 that protects decisions of the Labour Board. More importantly, this small distinction is more significant in determining whether a question is a jurisdictional one or within jurisdiction than in considering the standard of review for questions within jurisdiction. I cannot accept that courts should mechanically defer to a tribunal simply because of the presence of a “final and binding” or “final and conclusive” clause. These finality clauses can clearly signal deference, but they should also be considered in the context of the type of question and the nature and expertise of the tribunal.

I should mention one final matter on this point. The classification of the error in this case as one of jurisdiction is the ground on which the company sought review on the basis of correctness. Having found the argument on this point convincing, we need not assess whether there are other questions

à la méthode pragmatique et fonctionnelle tirée de l'arrêt *Bibeault*, précité. Il est nécessaire d'examiner attentivement si une question touche la compétence si on veut atteindre l'objectif, partagé par le juge Cory, de limiter le contrôle excessif des tribunaux administratifs. Le juge Cory affirme, à la p. 311, que les règles liées à la norme de contrôle devraient être «simples, directes et faciles à suivre». Même si cela paraît être un objectif souhaitable, comme le juge Beetz l'a reconnu tout à fait à bon droit dans *Bibeault*, ce qui est apparent en théorie est parfois complexe en pratique; il faut parfois plus d'efforts et d'explications détaillées pour déterminer ce qui constitue ou ce qui ne constitue pas une question de compétence.

Quant aux questions qui relèvent de la compétence, je n'attache pas à la différence entre les expressions «définitives» et «à force de chose jugée et lie les parties» l'importance que le juge Cory considère que je lui attribue. Je ne crois pas que l'une soit simplement privative et que l'autre ne le soit pas. La différence entre ces expressions est beaucoup moins importante que celle entre l'une ou l'autre de celles-ci et la clause privative générale de l'art. 108 qui protège les décisions de la Commission des relations de travail. Qui plus est, cette petite distinction est plus importante pour déterminer si une question en est une de compétence ou si elle relève de la compétence, que pour étudier la norme d'examen des questions relevant de la compétence. Je ne saurais accepter que les cours de justice s'en remettent machinalement à un tribunal administratif simplement à cause de la présence d'une clause qui précise que les décisions «[ont] force de chose jugée et lie[nt] les parties» ou sont «définitives». Ces clauses d'irrévocabilité peuvent indiquer clairement qu'on s'en remet à un tel tribunal, mais il y a lieu également de les considérer dans le contexte du genre de question et de la nature et de l'expertise du tribunal en cause.

Je ferais une dernière observation sur ce point. La qualification de l'erreur en l'espèce comme en étant une de compétence est le motif invoqué par la société pour demander un contrôle fondé sur l'absence d'erreur. Ayant jugé convaincant l'argument avancé à ce sujet, nous n'avons pas à déter-

of law on which the arbitrator needs to be correct. As I noted in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, while courts will defer to arbitrators or other tribunals on certain determinations of law having regard to their relative expertise or to the role or functions accorded to them under their constituent legislation (including issues relating to efficiency), other more general questions of law unrelated to these factors do not call for the same level of judicial deference. For the purpose of deciding whether a question is one on which deference should be shown, the courts may have recourse to many of the same factors that have been used in a pragmatic and functional approach to jurisdiction. These issues do not, however, arise in this case and I shall make no further comment about them.

2. *The Survivability of Retired Workers' Group Insurance Benefits*

I turn now to the substance of the decision under review. The arbitrator found, as a general proposition, that it is possible for a promise of retirement benefits to survive the expiry of the collective agreement in which it is found. For the reasons that follow, I think he was correct in so doing.

The arbitrator's analysis was in two phases. First, he found that the mere expiry of a collective agreement, without more, does not preclude the arbitrability of a grievance alleging a breach after that expiry. So long as the grievance is grounded in that collective agreement, the matter remains arbitrable. Second, he considered whether retirement benefits are capable of vesting so as to form the requisite basis for a grievance after the agreement's expiry. In my view the first step in the arbitrator's methodology is unimpeachable. I also agree with the second phase, although I would state two provisos.

miner s'il y a d'autres questions de droit au sujet desquelles l'arbitre doit éviter de commettre une erreur. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, même si les cours de justice feront preuve de retenue à l'égard de certaines décisions rendues sur des questions de droit par des arbitres ou d'autres tribunaux, en raison de leur expertise relative ou du rôle ou des fonctions que leur attribue leur loi constitutive (y compris pour des motifs liés à l'efficacité), d'autres questions de droit plus générales qui n'ont rien à voir avec ces facteurs ne requièrent pas la même mesure de retenue judiciaire. Pour décider si une question en est une à l'égard de laquelle il y a lieu de faire preuve de retenue, les cours de justice peuvent recourir à un bon nombre des mêmes facteurs qui ont été utilisés dans une analyse pragmatique et fonctionnelle de la compétence. Cependant, ces questions ne se posent pas en l'espèce et je m'abstiendrai de faire des commentaires à leur sujet.

2. *La possibilité de survie des prestations d'assurance collective destinées aux retraités*

Je vais maintenant passer au fond de la décision examinée. L'arbitre a conclu, d'une façon générale, qu'il est possible que la promesse de prestations de retraite survive à la convention collective dans laquelle elle figure. Pour les motifs exposés ci-après, je pense qu'il a eu raison de tirer cette conclusion.

L'analyse de l'arbitre a comporté deux volets. Premièrement, il a décidé que la simple expiration, sans plus, de la convention collective ne rendait pas inarbitrable un grief alléguant une violation après cette expiration. Pourvu que le grief soit fondé sur cette convention collective, la question reste arbitrable. Deuxièmement, il a examiné si le droit aux prestations de retraite pouvait devenir acquis de manière à justifier de la façon requise un grief après l'expiration de la convention collective. À mon avis, le premier volet de la méthode de l'arbitre est inattaquable. J'approuve aussi le deuxième volet, quoique je le fasse sous deux réserves.

First, it may be that the arbitrator strayed further than necessary into the merits of the particular agreement before him in determining the general question of whether retirement benefits are capable of vesting. I have already considered the possible reasons for this, but in any event I do not think that this overreaching (if it was that) impugns his conclusions on the more general question at issue in this appeal. While the arbitrator did not establish a distinction between a general and specific level of analysis with complete clarity, it is nonetheless possible to assess most of his reasons from the perspective of the more general question here at issue. My second proviso is with respect to the use of the term "vested right" by the arbitrator. I will consider this term in some detail below, but I would for now mention that the term must be used advisedly, as it can carry many different meanings. In the end, I agree with the arbitrator's finding to the extent that retirement benefits can (depending on the wording of the collective agreement) vest in a collective sense for the benefit of retired workers, and any reduction in those benefits would be grievable at the instance of the union. Whether this vesting also creates a personal right actionable by individual retirees is a question that need not be decided in this appeal.

Before delving into the details of the arbitrator's decision, several general comments should be made. First, it seems to me that the question at issue is an abstract one for which guidance can be found by reference to certain analogous (and perhaps binding) concepts in the common law of contracts. I am aware, of course, that common law principles do not automatically apply in every instance in the interpretation of a collective agreement: see *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718. However, I do not think the law of contracts need be (or can be) disregarded altogether in determining the status of a collective agreement: see Palmer, *supra*, at pp. 142-43. The analogy I would draw is to the common law notion of termination of a contract. A collective agreement is rather like a contract for a fixed term. At

Tout d'abord, il se peut que l'arbitre se soit attardé plus qu'il n'était nécessaire au fond de la convention particulière dont il était saisi, pour trancher la question générale de savoir si le droit à des prestations de retraite peut devenir acquis. J'ai déjà étudié les raisons qui pouvaient expliquer cela, mais de toute façon, je ne pense pas que cet examen trop poussé (si tel était le cas) affecte ses conclusions sur la question plus générale en litige dans le présent pourvoi. Même si l'arbitre n'a pas établi tout à fait clairement une distinction entre un degré général et un degré précis d'analyse, il est néanmoins possible d'évaluer la plupart de ses motifs sous l'angle de la question plus générale qui est ici en litige. Ma seconde réserve concerne l'emploi de l'expression «droit acquis» par l'arbitre. J'examinerai de façon assez détaillée cette expression plus bas, mais pour l'instant je mentionnerais qu'il faut l'utiliser avec prudence, car elle peut avoir de nombreux sens. En dernière analyse, je souscris à la conclusion de l'arbitre dans la mesure où le droit des retraités à des prestations de retraite peut (tout dépendant du texte de la convention collective) devenir acquis collectivement parlant, et où toute réduction de ces prestations pourrait faire l'objet d'un grief déposé par le syndicat. Il n'est pas nécessaire de décider dans le présent pourvoi si cette acquisition d'un droit crée aussi un droit personnel ouvrant droit à des poursuites par un retraité, pris individuellement.

Avant d'examiner en détail la décision de l'arbitre, il y a lieu de formuler plusieurs observations générales. En premier lieu, il me semble que la question litigieuse est une question abstraite qu'on peut examiner en se référant à certaines notions analogues (qui nous lient peut-être) tirées de la common law en matière contractuelle. Il va sans dire que je suis conscient que les principes de common law ne s'appliquent pas automatiquement dans chaque cas pour interpréter une convention collective: voir *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718. Toutefois, je ne pense pas qu'il faille (ou que l'on puisse) ignorer complètement le droit des contrats lorsqu'il s'agit de déterminer si une convention collective est en vigueur: voir Palmer, *op. cit.*, aux pp. 142 et 143. Je me référerai par analogie à la notion de com-

the end of the term, the contract or agreement is said to “expire” by mutual agreement. But the contract is not thereby rendered a nullity. It ceases to have prospective application, but the rights that have accrued under it continue to subsist. This termination or expiration can be contrasted with the contractual notion of rescission, whereby the contract is rendered null and void, and the parties have no obligations thereunder: see *Anson’s Law of Contract* (26th ed. 1984), at pp. 428-39; Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (4th ed. 1989), at pp. 411-32. Thus it should not be seen as a novel concept that grievances can arise after the expiration of a collective agreement that relate to rights accruing under that agreement. It seems to me that it would take very clear words to demonstrate that the parties intended to rescind their agreement by agreeing to enter into a succeeding agreement. Rather, the presumed intention is only that the prospective relationship between the parties is to be governed by the new agreement, and that the old agreement ceases to have any relevance to that ongoing relationship.

Counsel for the company submitted that the concept of “vested rights” has no place in a collective bargaining context, where every collective agreement is viewed as a fresh start, revoking the agreement that came before. This view, commonly stated by labour lawyers, must be restricted to the context of the prospective relationship between the parties. Terms such as “revoking” or “displacing” the prior collective agreement should be taken to mean simply that the old agreement ceases to have prospective effect. An example of the use of the terminology in its proper context is found in an early arbitral decision of Gale J. (as he then was), writing for an arbitration panel in *In re De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and U.A.W., Local 112* (1950), 2 L.A.C. 465, at p. 468:

The very purpose of the new Agreement was to set up the Contract between the Company, the Union and the individual employees and it is perfectly apparent that it

mon law de l’expiration d’un contrat. Une convention collective ressemble à un contrat à durée déterminée. On dit qu’à l’échéance le contrat ou la convention «expire» par consentement mutuel. Mais le contrat ne devient pas nul. Il n’est plus susceptible d’application future, mais les droits qui se sont accumulés sous son régime subsistent. Cette expiration peut être mise en contraste avec la notion de résiliation en droit des contrats, qui rend le contrat nul et sans effet et qui met fin aux obligations des parties: voir *Anson’s Law of Contract* (26^e éd. 1984), aux pp. 428 à 439, et Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (4^e éd. 1989), aux pp. 411 à 432. Ainsi, il ne faut pas tenir pour une notion nouvelle la possibilité de déposer un grief après l’expiration d’une convention collective relativement à des droits qui s’accumulent en vertu de cette convention. Il me semble qu’il faudrait des mots très clairs pour démontrer que les parties ont voulu résilier leur convention en acceptant d’en conclure une autre lui succédant. On présume plutôt qu’on voulait seulement que les rapports futurs entre les parties soient régis par la nouvelle convention et que l’ancienne cesse d’être applicable à ces rapports continus.

L’avocat de la société a fait valoir que la notion de «droits acquis» n’a pas sa place dans un contexte de négociation collective, où chaque convention collective est perçue comme un nouveau départ et révoque la convention qui l’a précédée. Ce point de vue, généralement exprimé par les avocats spécialisés en droit du travail, doit être limité au contexte des rapports futurs entre les parties. Des mots comme «révocation» ou «remplacement» de la convention collective antérieure devraient s’interpréter comme signifiant simplement que l’ancienne convention cesse d’avoir des effets pour l’avenir. On trouve un exemple de l’emploi de ces termes dans leur bon contexte dans une ancienne décision arbitrale du juge Gale (plus tard Juge en chef de l’Ontario) qui s’exprimait au nom d’un panel d’arbitrage dans l’affaire *In re De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and U.A.W., Local 112* (1950), 2 L.A.C. 465, à la p. 468:

[TRADUCTION] L’objet même de la nouvelle convention était d’établir le contrat entre la société, le syndicat et les employés et, de toute évidence, elle visait à rempla-

was intended to displace any Contract or Contracts which had theretofore existed. If it were otherwise, all parties would be constantly in doubt as to whether they were bound by the terms of Contracts apparently no longer in force. It is our view that the whole theory of collective bargaining demands that the current Collective Agreement is to contain and represent the whole Agreement between the parties.

The new agreement "displaces" the old one, which is no longer in force. But this is with respect to the current employment relationship, and says nothing about the previously accrued rights of the parties; see also *Re United Steelworkers, Local 5951, and Medland Enterprises Ltd.* (1963), 14 L.A.C. 55. Another example of the importance of context is seen in *Brown and Beatty*, *supra*, at p. 4-19, where the authors speak of a new agreement "extinguishing" the terms of the old agreement. This may be an unfortunate term, which suggests some retroactive rescission of contractual obligations between the parties. However, it is clear from the cases cited by the authors that any extinguishment has prospective effect only. Other cases on this point are reviewed below, and I have found no case that suggests that accrued rights are expunged once a new collective agreement is negotiated. Moreover, I see nothing differentiating the promise to pay retirement health benefits from promises to pay regular wages or vacation pay. All of these can be enforced after the termination of the agreement. Any other conclusion would render meaningless a wide range of promises to employees that might extend beyond the expiration of a collective agreement. In addition to unpaid wages and retirement benefits, disability benefits owing to former employees and pension benefits to retired workers would also be placed in jeopardy.

It goes without saying that these propositions do not affect the prospective relationship between the parties to a collective agreement. During the interregnum, if any, between collective agreements, the parties are free to govern their current employment relationship in any way they choose; see *Paccar*, *supra*. The employer is free to disregard the terms of previous collective agreements and set new

cer tous les contrats antérieurs. Dans le cas contraire, toutes les parties se demanderaient continuellement si elles sont liées par les conditions de contrats qui ne sont apparemment plus en vigueur. À notre avis, toute la théorie des négociations collectives exige que la convention collective en vigueur représente l'accord intégral conclu par les parties.

La nouvelle convention «remplace» l'ancienne qui n'est plus en vigueur. Mais cela concerne les relations de travail actuelles et ne dit rien au sujet des droits déjà accumulés par les parties; voir aussi *Re United Steelworkers, Local 5951, and Medland Enterprises Ltd.* (1963), 14 L.A.C. 55. On trouve un autre exemple de l'importance du contexte dans *Brown et Beatty*, *op. cit.*, à la p. 4-19, où les auteurs parlent d'une nouvelle convention [TRANSDUCTION] «qui éteint» les conditions de l'ancienne. C'est peut-être là un mauvais choix de terme, qui laisse supposer une résiliation rétroactive des obligations contractuelles des parties. Toutefois, il ressort clairement de la jurisprudence citée par les auteurs que toute extinction n'a d'effet que pour l'avenir. D'autres précédents sur ce point sont analysés plus bas et je n'ai trouvé aucune affaire qui laisse entendre que les droits accumulés sont supprimés dès qu'une nouvelle convention collective est négociée. De plus, je ne vois rien qui différencie la promesse de verser des prestations-maladie aux retraités des promesses de verser un salaire régulier ou d'accorder des vacances payées. Elles peuvent toutes être mises à exécution après la fin de la convention. Toute autre conclusion rendrait vides de sens toute une gamme de promesses, faites aux employés, qui pourraient survivre à une convention collective. Outre les salaires et les prestations de retraite non versés, les prestations d'invalidité dues aux ex-employés et les pensions seraient aussi compromises.

Il va sans dire que ces propositions ne touchent pas les rapports futurs entre les parties à une convention collective. Pendant l'intervalle qui peut exister entre des conventions collectives, les parties sont libres de régir leurs relations de travail en cours comme elles l'entendent; voir *Paccar*, précité. Il est loisible à l'employeur de ne pas tenir compte des conditions des conventions collectives

terms of employment. As such, it is certainly true that in the vacuum that may arise between collective agreements workers have no subsisting rights from the collective agreement that govern their current employment relationship. However, the old collective agreement is not rendered a nullity. Rights that have accrued under that agreement remain enforceable.

I should refer at this point to a recent decision of this Court, *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962, in which we ruled that seniority rights granted to a worker in a collective agreement do not vest in that worker. That is, a later collective agreement can derogate from rights granted to individuals under a previous agreement. In that case, workers were promoted into management, and were thereby excluded from the bargaining unit. When they were demoted some years later, and resumed their place in the bargaining unit, the collective agreement then in force provided seniority rights weaker than those in the collective agreement when they left. Gonthier J., writing for the Court, rejected arguments that the previous seniority rights had vested in the workers. He stated at p. 975:

It cannot be said that the union in the case at bar did not have the right to alter respondents' seniority rights by means of a subsequent collective agreement. . . .

Though it is possible in some cases to interpret a collective agreement so as to give seniority rights to certain workers, one cannot simply ignore the terms of such an agreement in order to give employees vested rights in the matter. Seniority rights are subject to the collective bargaining process like any other employee right. In the context of labour relations it would be singular, to say the least, for these rights to be absolutely and irremediably raised to the level of vested rights. When a collective agreement exists, individual rights are for all practical purposes superseded. [Emphasis in original.]

antérieures et de fixer de nouvelles conditions de travail. Dans cette optique, il est certainement vrai que, durant l'intervalle qui peut exister entre des conventions collectives, les travailleurs ne jouissent d'aucun droit, stipulé dans la convention collective antérieure, qui régit leurs relations de travail en cours. Toutefois, l'ancienne convention collective n'est pas nulle. Les droits accumulés en vertu de cette convention peuvent toujours être mis à exécution.

Il y a lieu, à ce stade, de mentionner l'arrêt récent de notre Cour *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, dans lequel nous avons décidé que les droits d'ancienneté accordés à un travailleur dans une convention collective ne sont pas des droits acquis. C'est-à-dire qu'une convention collective ultérieure peut déroger aux droits accordés à des personnes par une convention antérieure. Dans cette affaire, des travailleurs avaient été promus à des postes de gestion les excluant de l'unité de négociation. Lorsque, quelques années plus tard, ils ont été rétrogradés et réintégrés dans l'unité de négociation, la convention collective alors en vigueur leur accordait moins d'ancienneté que celle en vigueur au moment de leur départ. Le juge Gonthier a rejeté, au nom de la Cour, les arguments voulant que les droits d'ancienneté antérieurs étaient des droits acquis des travailleurs. Il dit, à la p. 975:

On ne peut retenir que le syndicat en l'espèce n'avait pas la possibilité de modifier les droits d'ancienneté des intimés par le truchement d'une convention collective ultérieure. . . .

Bien qu'il soit possible dans certains cas d'interpréter une convention collective de façon à reconnaître des droits d'ancienneté à certains travailleurs, il n'est pas permis d'ignorer carrément les termes d'une telle convention pour conférer à des employés des droits acquis en la matière. Les droits d'ancienneté, au même titre que n'importe quel autre droit des employés, sont assujettis au processus de la négociation collective. Dans le contexte des relations ouvrières, il serait, pour dire le moins, inédit d'élever ces droits, absolument et irrémédiablement, au rang de droits acquis. Quand il existe une convention collective, les droits individuels sont à toutes fins pratiques écartés. [Souligné dans l'original.]

In my view, there is nothing in the judgment of Gonthier J. that is inconsistent with the concept of vested retirement rights, and I would distinguish *Hémond* on the following basis. First, there is no doubt that the prospective employment relationship can only be governed by one collective agreement, and that the most current. While an employee continues to be a part of the bargaining unit, he or she is of necessity subject to the vicissitudes of the collective bargaining process. However, on retirement a worker withdraws from that relationship, and at that point his or her accrued employment rights crystallize into some form of "vested" retirement right. It is quite possible that this right may only be enforceable through collective action by the union on the retirees' behalf. However, if that is the case, this arises out of structural peculiarities of our labour law system rather than any apparent point of principle.

Keeping these general observations in mind, I turn to consider the arbitrator's two propositions in detail.

(i) The Arbitrability of Grievances that Accrue During the Currency of an Expired Collective Agreement

The first step in analyzing the arbitrability of an expired collective agreement is to determine the general question of whether such expiry forecloses the ability of parties to grieve matters that arose during the currency of the agreement. The parties advance two distinct approaches to this problem. The company urges an approach that focuses on the incident by which the collective agreement was breached, and contends that any breach that occurs after the expiry of an agreement is not arbitrable. The respondents counters that the proper focus is the time at which the rights being grieved had accrued. Under this approach, the time of breach is irrelevant, so long as the right being breached accrued during the currency of the collective agreement. In my view, this latter approach is the

À mon avis, rien dans le jugement du juge Gonthier n'est incompatible avec la notion de droits acquis en matière de retraite et je ferais la distinction suivante d'avec l'arrêt *Hémond*. Premièrement, il n'y a pas de doute que les relations de travail futures ne peuvent être régies que par une convention collective, la plus récente. Tant qu'un employé continue d'appartenir à une unité de négociation, il est nécessairement soumis aux vicissitudes du processus de la négociation collective. Toutefois, à la retraite, le travailleur sort de cette relation et, à ce moment-là, les droits qu'il a accumulés à titre d'employé se cristallisent sous une forme quelconque de droit «acquis» dont il bénéficie en qualité de retraité. Il est tout à fait possible que ce droit ne puissent être mis à exécution que par le truchement de l'action collective du syndicat au nom des retraités. Toutefois, si tel est le cas, c'est en raison des particularités de fonctionnement de notre régime de droit du travail plutôt que d'un principe évident.

Ayant à l'esprit ces observations générales, j'entreprends l'examen détaillé des deux propositions de l'arbitre.

(i) L'arbitrabilité des griefs qui prennent naissance pendant la durée d'une convention collective expirée

La première étape de l'analyse de l'arbitrabilité d'une convention collective expirée consiste à trancher la question générale de savoir si cette expiration empêche les parties de déposer un grief relatif à des faits qui se sont produits pendant la durée de la convention. Les parties proposent deux façons distinctes d'aborder ce problème. La société préconise une méthode axée sur l'incident à l'origine de la violation de la convention collective et elle soutient qu'aucune violation postérieure à l'expiration de la convention n'est arbitrable. Les intimés répliquent qu'il convient plutôt de se concentrer sur le moment où les droits qui font l'objet du grief ont été accumulés. Selon cette méthode, la date de la violation n'est pas pertinente, pourvu que le droit violé ait été accumulé pendant que la convention collective était en vigueur. À mon avis, cette dernière méthode représente le seul moyen

only feasible means of determining an arbitrator's jurisdiction.

The respondents' position is supported by the case law, as developed both by labour tribunals and lower courts. The leading case is perhaps an Ontario Labour Relations Board Decision, *Genstar Chemical Ltd. v. I.C.W.U., Local 721*, [1978] O.L.R.B. Rep. 835. There, one union displaced another as bargaining agent after a certification battle between the unions. The effect of the change of bargaining agents was to terminate the existing collective agreement. The employer had withheld union dues under the old agreement, and sought to pay them over to the winning union as the current bargaining agent. The old union grieved the matter under the expired collective agreement, and the board upheld the jurisdiction of an arbitrator to hear the grievance. Its conclusion, at pp. 837-38, is as follows:

Our conclusion is that the policy mandated by section 37 [now s. 44] of the Act requires that all grievances which relate to events arising during the term of a collective agreement may be submitted to arbitration, even though the grievance is not filed until after the agreement has expired. In the Board's view, rights which accrue to a party during the life of a collective agreement are in the nature of vested rights which are not automatically extinguished by the termination or expiry of the collective agreement under which they arose. To hold otherwise would be to, in effect, give both employers and unions a licence to violate the terms of collective agreements in the period immediately preceding their expiration. [Emphasis added.]

Similar conclusions can be found in other tribunal decisions; see *Re Goodyear Canada Inc. and United Rubber Workers, Local 232*, *supra*; and *Re International Chemical Workers, Local 564*, and *Cyanamid of Canada Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 111 at p. 114.

The context in which the board in *Genstar* employed the term "vested rights" should be noted at this juncture. Given the nature of the dispute

envisageable de déterminer la compétence d'un arbitre.

La thèse des intimés est étayée par la jurisprudence des tribunaux du travail et des tribunaux d'instance inférieure. La décision de principe est peut-être celle de la Commission des relations de travail de l'Ontario *Genstar Chemical Ltd. c. I.C.W.U., Local 721*, [1978] O.L.R.B. Rep. 835. Dans cette affaire, un syndicat en a remplacé un autre comme agent négociateur, après qu'ils se soient fait la lutte pour obtenir l'accréditation. Le changement d'agent négociateur a eu pour effet de mettre fin à la convention collective existante. L'employeur avait retenu les cotisations syndicales amassées sous l'ancienne convention et a voulu les remettre au syndicat nouvellement accrédité comme agent négociateur. L'ancien syndicat a déposé un grief à ce sujet, conformément à la convention collective échue, et la Commission a confirmé la compétence d'un arbitre pour entendre le grief. Sa conclusion est ainsi formulée, aux pp. 837 et 838:

[TRADUCTION] Nous concluons que la politique générale prescrite par l'art. 37 [maintenant l'art. 44] de la Loi exige que tous les griefs relatifs à des événements survenus pendant la durée d'une convention collective puissent être soumis à l'arbitrage, même si le grief n'est déposé qu'après l'expiration de la convention. De l'avis de la Commission, les droits qui sont accumulés par une partie pendant qu'une convention collective est en vigueur sont assimilables à des droits acquis qui ne s'éteignent pas automatiquement à la fin ou à l'expiration de la convention collective en vertu de laquelle ils ont pris naissance. Conclure le contraire reviendrait en fait à donner aux employeurs et aux syndicats la permission de violer les conditions des conventions collectives durant la période qui précède immédiatement leur expiration. [Je souligne.]

On peut trouver des conclusions semblables dans les décisions d'autres tribunaux: voir les décisions *Re Goodyear Canada Inc. and United Rubber Workers, Local 232*, précitée, et *Re International Chemical Workers, Local 564*, and *Cyanamid of Canada Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 111, à la p. 114.

Il y a lieu de souligner ici le contexte dans lequel la Commission a utilisé l'expression [TRADUCTION] «droits acquis» dans la décision *Genstar*.

there, the term “vested” as used by the board must be taken to mean only that vested rights are not automatically extinguished by the expiry of the collective agreement. Vesting in this context says nothing of the ultimate indefeasibility or inviolability of the rights. As we shall see, this “weak form” of vesting is sufficient to determine the result in this case. Since the retirement benefits here were not withdrawn by any subsequent agreement between the parties, there was no opportunity for the retroactive extinguishment of the rights which accrued under the expired agreement. This conclusion determines the result in this case, but I prefer to go beyond this minimum to explore the true nature of vesting in the context of retirement benefits.

The decisions of lower courts are consistent with the *Genstar* approach. The leading case is *Re Red River Division Association No. 17 and Red River School Division No. 17* (1972), 25 D.L.R. (3d) 106 (Man. Q.B.). There, a teachers’ union grieved a series of past collective agreements over salary disputes. The school board objected to the arbitrator’s jurisdiction, but the union obtained a *mandamus* order to compel the arbitrator to hear the case. Wilson J. considered and rejected the school board’s argument that the arbitrator lacked jurisdiction. At page 109 he stated:

Denial of jurisdiction rests on the argument that, the collective agreements under which the board was convened and under which the disputes arose having terminated, their effect is wholly spent. Hapless indeed, then, the plight of a teacher whose difference arises sometime in the afternoon of December 31st; and what if, say, a dispute arises touching her December salary, her earliest awareness of such grievance coming with receipt of a cheque for the wrong amount, on January 2nd? Counsel for the division says that such differences would disappear as would those which gave rise to the application itself, had the parties written into their agreement a clause to provide that, notwithstanding the termination date of their contract, the provisions for arbitration

Vu la nature du différend en cause de cette affaire, il faut considérer que le mot «acquis» employé par la Commission signifie seulement que les droits acquis ne sont pas automatiquement éteints à l’expiration de la convention collective. L’acquisition de droits dans ce contexte n’a aucun rapport avec leur irrévocabilité ou leur inviolabilité ultime. Comme nous le verrons, cette «forme diluée» de droits acquis est suffisante pour déterminer le résultat dans la présente affaire. Puisque les parties en l’espèce n’ont pas supprimé les prestations de retraite dans une convention ultérieure, les droits accumulés en vertu de la convention expirée n’ont pu être éteints rétroactivement. Cette conclusion détermine le résultat en l’espèce, mais je préfère aller au-delà de ce minimum pour examiner la vraie nature des droits acquis dans le contexte des prestations de retraite.

Les décisions des tribunaux d’instance inférieure sont compatibles avec la méthode adoptée dans *Genstar*. La décision de principe est *Re Red River Division Association No. 17 and Red River School Division No. 17* (1972), 25 D.L.R. (3d) 106 (B.R. Man.). Dans cette affaire, un syndicat d’enseignants a déposé un grief relatif à des conflits concernant les salaires fixés par une série de conventions collectives antérieures. Le conseil scolaire a récusé la compétence de l’arbitre, mais le syndicat a obtenu une ordonnance de *mandamus* obligeant l’arbitre à entendre le grief. Le juge Wilson a étudié et rejeté l’argument du conseil scolaire selon lequel l’arbitre n’avait pas compétence. À la page 109, il dit:

[TRADUCTION] Le déni de compétence repose sur l’argument selon lequel, puisque les conventions collectives en vertu desquelles le conseil a été convoqué et sous le régime desquelles les conflits ont surgi sont expirées, elles n’ont plus aucun effet. Est donc infortuné, en effet, l’enseignante dont le différend prend naissance l’après-midi du 31 décembre; et qu’en est-il si, mettons, un conflit surgit au sujet de son salaire de décembre, et qu’elle ne se rende compte de l’arrivée d’un tel grief qu’à la réception du chèque qui comporte une erreur de montant, le 2 janvier? L’avocat de la division affirme que de telles divergences disparaîtraient comme celles qui ont donné lieu à la demande elle-même, si les parties avaient inséré dans leur convention une clause stipulant

would be deemed to continue in effect for settlement of disputes prior to the expiry date of the contract.

Wilson J. then advanced the following proposition in support of the arbitrator's jurisdiction, at p. 112 and at pp. 113-14:

No one suggests that with the expiry of the contract the rights of either party accrued thereunder are at an end, and in particular the right to payment of the salary earned under such contract. And, if the right persists, why should the collateral right of resort to the machinery which the contract provides for the settlement of the dispute, *i.e.*, to fix the salary, not persist also?

To close, then, expiry of the contract out of which the claim arises does not, without more, put an end to the right of either of the parties to the agreement to call for settlement of a dispute arising thereunder in accordance with the arbitration procedure to that end established by their contract, when the dispute concerns the existence of a benefit allegedly vested during the term of the agreement in question, and is within the terms of reference of the arbitration clause. [Emphasis added.]

This finding was applied in *Re Ontario Public Service Employees Union and The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 474 (Div. Ct.), a similar case.

The company, as I have noted, argues that the real issue in this debate is the timing of the breach of the collective agreement. To understand the thrust of the company's argument on this point, it is necessary to appreciate what the court below found. For the company, the key reasons of Blair J.A. are found in the following passage at pp. 661-62:

The company conceded that grievances based on events which occurred during the currency of a collective agreement were arbitrable even if the grievance was lodged after the termination of the agreement, as the Ontario Labour Relations Board held in *Genstar*. . .

However, courts have gone further in holding that arbitrators have jurisdiction to deal with grievances

qu'en dépit de la date d'expiration de leur contrat, les dispositions relatives à l'arbitrage seraient réputées continuer de s'appliquer pour régler des conflits antérieurs à la date d'échéance du contrat.

^a Le juge Wilson avance alors la proposition suivante pour justifier la compétence de l'arbitre, aux pp. 112, 113 et 114:

[TRADUCTION] Personne ne laisse entendre qu'à l'expiration du contrat, les droits que l'une ou l'autre partie a accumulés sous son régime prennent fin, notamment le droit au versement du salaire gagné en vertu de ce contrat. Et, si ce droit subsiste, pourquoi le droit accessoire de recourir au mécanisme prévu par le contrat pour régler le conflit, c'est-à-dire pour fixer le salaire, ne subsisterait-il pas lui aussi?

^d Donc pour terminer, l'expiration du contrat dont découle la demande ne met pas fin, sans plus, au droit de l'une ou l'autre des parties à la convention de demander le règlement d'un conflit en découlant, conformément à la procédure d'arbitrage établie par ce contrat, si ce conflit concerne l'existence d'un avantage qui aurait été acquis pendant la durée de la convention en question et s'il est visé par la clause d'arbitrage. [Je souligne.]

Cette conclusion a été appliquée dans une affaire semblable, *Re Ontario Public Service Employees Union and The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 474 (C. div.).

^g Comme je l'ai déjà souligné, la société soutient que la véritable question en litige dans ce débat est le moment où est survenue la violation de la convention collective. Pour saisir la portée de l'argument de la société sur ce point, il est nécessaire de comprendre ce que la cour d'appel a conclu. ^h D'après la société, les motifs clés du juge Blair se trouvent dans le passage suivant tiré des pp. 661 et 662:

ⁱ [TRADUCTION] La société a reconnu que les griefs basés sur des événements qui s'étaient produits pendant la durée d'une convention collective étaient arbitrables, même s'ils avaient été déposés après l'expiration de la convention, comme l'a décidé la Commission des relations de travail de l'Ontario dans l'affaire *Genstar*. . .

^j Toutefois, les tribunaux sont allés plus loin en décidant que les arbitres sont compétents pour statuer sur

based on events occurring after the termination of collective agreements. [Emphasis added.]

Blair J.A. went on to review *Re Red River Division Association No. 17*, *supra*, and *Re O.P.S.E.U.*, *supra*, as authority for this proposition. It is this second (underlined) proposition that troubles the company, as it appears to refute its “incident of breach” theory. As such, counsel devoted a considerable portion of his written and oral argument to refuting it. I will not delve into the intricacies of this argument. It is sufficient to say that I agree that the cases do not stand for the proposition advanced by Blair J.A. That being said, I do not see how a refutation of this proposition assists the company. What the cases clearly state, and the company appears to concede this point, is that certain rights vest or accrue during the currency of the collective agreement and do not expire on the agreement’s termination.

In my view, the law as stated in *Genstar* and *Re Red River Division Association No. 17* is correct. As a simple principle of contract law, the enforcement of a contract can take place well after the contract itself has expired. What is at issue in these cases is exactly that—the enforcement of the collective agreement to rectify damage appearing after the expiration of the agreement. Accepting the thrust of the law established in *Genstar*, I can deal quickly with the company’s arguments on this point. In its written submissions it argues that “under Canadian law, the parties to a collective agreement may not provide in the collective agreement for any rights or benefits to endure beyond the term of the collective agreement.” This, of course, is contrary to the position taken in *Genstar*. The company’s other key argument is that “[t]he Union has cited no Canadian case in which a term of a collective agreement was found to survive the expiry of the agreement.” This is true enough, but I think it is a mischaracterization of the union’s position. It is not the survival of the term *per se* that allows for arbitrability—no one disputes that the term is extinguished in the sense that it has no prospective application. Rather it is that the rights created by that term vest or accrue. This rather

des griefs basés sur des événements qui se sont produits après l’expiration de conventions collectives. [Je souligne.]

Le juge Blair a étudié ensuite les décisions *Re Red River Division Association No. 17* et *Re O.P.S.E.U.*, précitées, qu’il a citées pour justifier cette proposition. C’est cette deuxième proposition (soulignée) qui inquiète la société, car elle semble réfuter sa théorie de l’«incident de la violation». C’est pourquoi l’avocat a consacré une grande partie de son argumentation écrite et orale à la réfutation de cette proposition. Je ne vais pas m’attarder aux subtilités de cet argument. Qu’il suffise de dire que je conviens que la jurisprudence n’étaye pas la proposition du juge Blair. Cela étant dit, je ne vois pas en quoi une réfutation de cette proposition aide la société. Ce que dit clairement la jurisprudence, et ce que la société semble concéder, c’est que certains droits sont acquis ou accumulés pendant la durée de la convention collective et ne s’éteignent pas quand celle-ci expire.

À mon avis, les décisions *Genstar* et *Re Red River Division Association No. 17* présentent un énoncé exact du droit. Selon un principe simple du droit des contrats, l’exécution du contrat peut avoir lieu longtemps après son expiration. Ce qui est en litige dans ces affaires, c’est exactement cela—l’exécution de la convention collective visant à réparer un préjudice qui s’est manifesté après l’expiration de celle-ci. Acceptant la portée de la règle établie dans *Genstar*, je puis examiner rapidement les arguments de la société sur ce point. Dans son argumentation écrite, elle soutient qu’[TRADUCTION] «en droit canadien, les parties à une convention collective ne peuvent pas y prévoir des droits ou des avantages qui subsistent après que la convention collective a pris fin.» Cela va bien sûr à l’encontre du point de vue adopté dans *Genstar*. L’autre argument clef de la société est que [TRADUCTION] «[l]e syndicat n’a cité aucune cause canadienne dans laquelle on a conclu qu’une condition d’une convention collective avait survécu à celle-ci.» Cela est assez vrai, mais je pense qu’il s’agit là d’une mauvaise description de la position du syndicat. Ce n’est pas la survie de la condition elle-même qui justifie l’arbitrabilité—personne ne conteste que la condition soit éteinte dans ce sens

fundamental distinction was simply not addressed by the company.

I should at this point turn to the cases in support of an “incidents” approach to an arbitrators’ jurisdiction. The company submits that these cases focus on the time of the breach rather than the accrual of rights as the date for determining arbitrability. However, I am satisfied that these cases, while employing the terminology of “incidents”, are referring to the incident or event out of which the rights accrued, rather than the time at which these rights are breached. What must be emphasized is that in the cases cited on behalf of the company, the two time periods happen to coincide. For example, in *Re Communications Union Canada and Bell Canada* (1979), 23 O.R. (2d) 701 (Div. Ct.), the grievance involved a wildcat strike. In that instance the right accrued and was breached at the time of the strike, and in that context there was no need to distinguish a time of accrual—the issue simply did not arise. Accordingly it was appropriate for Henry J., at p. 709, to state that arbitrability was determined by the time at which “the grievance arose”.

The company relies on *Hamilton Civic Hospitals v. Canadian Union of Public Employees, Local 794*, [1983] O.L.R.B. Rep. 371, where the Ontario Labour Relations Board considered the following question referred by the Minister of Labour, at p. 371: “whether or not the Minister has the authority to appoint a single arbitrator where no collective agreement is in operation between the employer and the trade union.” The board couched its response to the question in “incidents” terminology. After reviewing *Genstar* with approval, the board stated the law in this way, at p. 380:

... where the incident or event giving rise to a grievance occurs during the life of a collective agreement, the

qu’elle n’a pas d’application future. C’est plutôt le fait que les droits créés par cette condition deviennent des droits acquis ou accumulés. La société n’a simplement pas tenu compte de cette distinction fondamentale.

Il convient, à ce stade, d’étudier la jurisprudence à l’appui d’une façon d’aborder la compétence d’un arbitre, axée sur des «incidents». La société soutient que, pour ce qui est de déterminer l’arbitrabilité, cette jurisprudence met l’accent sur le moment de la violation plutôt que sur celui où des droits ont été accumulés. Toutefois, je suis convaincu que, même si on emploie le terme «incidents» dans cette jurisprudence, on fait allusion à l’incident ou à l’événement qui a généré les droits, plutôt qu’au moment où ces droits ont été violés. Ce qu’il faut souligner, c’est que dans la jurisprudence citée au nom de la société, les deux périodes se trouvent à coïncider. Par exemple, dans l’affaire *Re Communications Union Canada and Bell Canada* (1979), 23 O.R. (2d) 701 (C. div.), il était question d’une grève sauvage dans le grief. Dans ce cas, le droit avait été accumulé et violé au moment de la grève et, dans ce contexte, il n’était pas nécessaire de préciser à quel moment le droit avait été accumulé—la question ne se posait tout simplement pas. Par conséquent, il convenait que le juge Henry affirme, à la p. 709, que l’arbitrabilité était déterminée par la date à laquelle [TRADUCTION] «le grief [avait] pris naissance».

La société s’appuie sur l’affaire *Hamilton Civic Hospitals c. Canadian Union of Public Employees, Local 794*, [1983] O.L.R.B. Rep. 371, dans laquelle la Commission des relations de travail de l’Ontario a examiné la question suivante qui avait fait l’objet d’un renvoi par le ministre du Travail (à la p. 371): [TRADUCTION] «le Ministre a-t-il le pouvoir de nommer un seul arbitre en l’absence d’une convention collective en vigueur entre l’employeur et le syndicat?» La Commission a répondu à la question en recourant à la terminologie des «incidents». Après avoir examiné et approuvé la décision *Genstar*, la Commission énonce ainsi la règle applicable, à la p. 380:

[TRADUCTION] ... si l’incident ou l’événement à l’origine du grief se produit pendant la durée d’une conven-

parties to that agreement have a “vested right” in its enforcement even though the request for the appointment of an arbitrator is not made until after the agreement expires. [Emphasis added.]

The fact that this statement was made after a review and approval of *Genstar* suggests to me that the board intended the term “incident or event giving rise to a grievance” to refer to the time at which the right accrued.

A final case cited for the company is *NOA v. Burns Meats Ltd.* (1986), 74 A.R. 352 (Q.B.), a case of wrongful dismissal. Once again, this kind of breach is coincident with the accrual of the underlying right. As such, it is understandable that the decision uses the language of an “incident” or a “breach”. By contrast, the *Red River* cases involve the accrual of rights over a period of time. Different language is required in that instance, but the underlying concept in both lines of cases is the same.

I should note that there is strong American authority for the concept of vested collective agreement rights, the leading case being *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964). I will consider this decision in some detail later under the analysis of vested retirement rights, but for now I would note that the case affords persuasive support for the Canadian position advanced in the tribunal and court decisions discussed above.

In summary, then, the case law is clear that workers’ rights under a collective agreement can survive the expiry of that agreement. As I have noted, the acceptance of this proposition may of its own accord enable this Court to conclude that the arbitrator was correct: the second phase of his analysis is really just an application of the general principle to the specific case of retirees’ benefits. However, as the nature of these particular rights is important, I will go on to assess that more specific question.

tion collective, les parties à cette convention ont un «droit acquis» à son exécution même si la demande de désignation d’un arbitre n’est faite qu’après l’expiration de la convention. [Je souligne.]

^a Le fait que cet énoncé ait été fait après examen et approbation de la décision *Genstar* m’indique que la Commission voulait, par l’expression [TRADUCTION] «l’incident ou l’événement à l’origine du grief», désigner où le droit s’est accumulé.

La société a finalement cité l’affaire *NOA c. Burns Meats Ltd.* (1986), 74 A.R. 352 (B.R.), où il était question d’un renvoi abusif. Une fois de plus, ce type de violation coïncide avec l’accumulation du droit sous-jacent. À ce titre, il est compréhensible que la décision parle d’«incident» ou de «violation». Par contre, les affaires *Red River* portent sur l’accumulation de droits pendant une certaine période. D’autres termes doivent être utilisés dans ce cas, mais la notion sous-jacente dans les deux courants jurisprudentiels est la même.

^e Je devrais faire remarquer que la notion de droits acquis dans une convention collective repose sur une solide jurisprudence américaine, dont l’arrêt de principe *John Wiley & Sons, Inc. c. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964). Je reviendrai plus en détail sur cet arrêt lorsque j’analyserai les droits acquis en matière de retraite, mais pour l’instant je ferais observer que cet arrêt appuie de façon convaincante le point de vue canadien avancé dans les décisions de tribunaux administratifs et de cours de justice, analysées plus haut.

En résumé, donc, il ressort nettement de la jurisprudence que les droits dont jouissent des travailleurs aux termes d’une convention collective peuvent survivre à celle-ci. Je le répète, l’acceptation de cette proposition peut en soi permettre à notre Cour de conclure que l’arbitre avait raison: le deuxième volet de son analyse n’est en réalité qu’une application du principe général au cas particulier des prestations de retraite. Toutefois, comme la nature de ces droits particuliers est importante, je vais maintenant examiner cette question plus précise.

(ii) Vesting of Retirement Benefits Promised in a Collective Agreement

The question of vested retirement benefits is relatively novel in Canada, but there is a substantial body of American case law on point. The leading case appears to be *U.A.W. v. Yard-Man, Inc.*, 716 F.2d 1476 (6th Cir. 1983), *certiorari* denied, 465 U.S. 1007 (1984), which is relied upon by the union as a case with similar facts in which retirement benefits were found to have vested in the hands of retired workers despite the termination of the underlying collective agreement. However, in the courts below and in argument before this Court, the company contended that the American jurisprudence should not be followed, as it is grounded in certain statutory elements unique to American labour law. This argument was rejected by Blair J.A. in the court below, who concluded that the American cases were of persuasive value. He stated at pp. 663-64:

The difference between the governing statutes in United States and Canadian labour law were discussed in argument. It is obvious that United States decisions under the Wagner Act cannot bind Canadian courts because of the difference in the statutory treatment accorded retiree benefits. In the United States, such benefits are subjects of permissive bargaining as opposed to other matters for which bargaining is mandatory. This mandatory-permissive dichotomy does not exist in Canada where all provisions of a collective agreement are subjects of mandatory bargaining. However, much of what was said by the Court of Appeal in *Yard-Man* is unrelated to that distinction.

While jurisprudence from foreign countries is not binding on this court, the logic expressed in it can be of great assistance particularly in analyzing new problems.

For the reasons that follow, I am in substantial agreement with Blair J.A. on this point, although I find it necessary to delve somewhat further into the American law to determine more precisely the applicability of the American position in a Cana-

(ii) L'acquisition du droit à des prestations de retraite promises dans une convention collective

La question du droit acquis à des prestations de retraite est relativement nouvelle au Canada, mais il existe une abondante jurisprudence américaine sur ce point. L'arrêt de principe semble être *U.A.W. c. Yard-Man, Inc.*, 716 F.2d 1476 (6th Cir. 1983), *certiorari* refusé, 465 U.S. 1007 (1984), que le syndicat invoque en affirmant qu'il comportait des faits similaires et où on a conclu que des travailleurs retraités avaient un droit acquis à des prestations de retraite malgré l'expiration de la convention collective sous-jacente. Toutefois, la société a affirmé devant les tribunaux d'instance inférieure et devant notre Cour qu'il n'y avait pas lieu de suivre la jurisprudence américaine car elle est fondée sur certains éléments législatifs propres au droit du travail américain. Le juge Blair de la cour d'appel a rejeté cet argument, après avoir conclu que la jurisprudence américaine était convaincante. Il dit ceci, aux pp. 663 et 664:

[TRADUCTION] Lors des plaidoiries, on a analysé la différence entre les lois américaines et canadiennes en matière de relations du travail. Il est évident que la jurisprudence américaine fondée sur la Wagner Act ne saurait lier les tribunaux canadiens en raison de la façon différente dont la loi traite les prestations de retraite. Aux États-Unis, la négociation de ces avantages est facultative, alors qu'elle est obligatoire pour d'autres questions. Cette dichotomie entre facultatif et obligatoire n'existe pas au Canada où toutes les clauses d'une convention collective sont assujetties à la négociation obligatoire. Toutefois, une grande partie des propos de la Cour d'appel dans *Yard-Man* n'a rien à voir avec cette distinction.

Bien que, la jurisprudence de pays étrangers ne lie pas notre cour, la logique qu'on y trouve peut être d'un grand secours, en particulier pour l'analyse de nouveaux problèmes.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord pour l'essentiel avec le juge Blair sur ce point, quoique j'estime nécessaire d'approfondir un peu plus le droit américain afin de déterminer plus précisément l'applicabilité du point de vue américain

dian context. In my view, the different labour relations structures in the two countries point to only one potential difference in the conception of “vested” retirement benefits. This difference aside, the following propositions hold true in both countries: retirement benefits are in the nature of accrued rights; those benefits may (depending on the terms of the agreement) vest; and the vested rights can be enforced by union grievance on behalf of retirees. The sole difference is remedial in nature. In the United States the term “vested retirement benefits” connotes a right that is enforceable at the instance of an individual retiree, without resort to assistance from his or her former bargaining agent. Such enforceability may not be available in Canada, although I find it unnecessary to decide that point in this appeal.

(a) *American Law*

The American position on retirement benefits must, no doubt, be understood in the context of their laws. However, I agree with Blair J.A. that much of the American position is unrelated to any distinction that can be drawn between Canadian and American labour statutes. A useful, although somewhat dated, comparison of the systems in these countries is found in B. L. Adell’s, *The Legal Status of Collective Agreements in England, The United States and Canada* (1970). Three American statutes must be considered. First, of course, is the *National Labor Relations Act* (“the *NLRA*”), which stipulates certain issues that management and labour must, as a minimum, bargain over in the course of arriving at a collective agreement. These mandatory subjects of bargaining are “rates of pay, wages, hours of employment, or other conditions of employment”: 29 U.S.C. § 159(a). This list encompasses welfare benefits for active employees, but benefits for retirees are permissive rather than mandatory subjects of bargaining; see *Chemical and Alkali Workers v. Pittsburgh Plate Glass Co.*, 404 U.S. 157 (1971). The parties are free to bargain about such permissive subjects, but a party can refuse to discuss a permissive subject, and the other cannot insist upon discussing that issue as a

dans un contexte canadien. À mon avis, l’organisation différente des relations du travail dans les deux pays n’indique qu’une différence possible dans la conception de droits acquis en matière de prestations de retraite. Hormis cette différence, les propositions qui suivent sont avérées dans les deux pays: les prestations de retraite participent de droits accumulés, le droit à ces prestations (tout dépendant des conditions de la convention) peut devenir acquis, et les droits acquis peuvent être exécutés au moyen d’un grief déposé par le syndicat au nom des retraités. La seule différence tient aux voies de droit. Aux États-Unis, l’expression [TRADUCTION] «droit acquis à des prestations de retraite» connote un droit qu’un retraité peut faire exécuter à sa propre demande sans l’aide de son ancien agent négociateur. Cette possibilité de mise à exécution n’existe peut-être pas au Canada, quoique je ne juge pas nécessaire de statuer sur ce point dans le présent pourvoi.

a) *Le droit américain*

Il faut sans doute analyser le point de vue américain relatif aux prestations de retraite dans la contexte des lois applicables. Toutefois, je suis d’accord avec le juge Blair pour dire que le point de vue américain n’a, dans une large mesure, aucun rapport avec toute distinction susceptible d’être établie entre les lois canadiennes et américaines en matière de relations du travail. On trouve une comparaison utile, bien que quelque peu périmée, des systèmes des deux pays dans l’ouvrage de B. L. Adell intitulé *The Legal Status of Collective Agreements in England, The United States and Canada* (1970). Il faut étudier trois textes de loi américains. Premièrement, bien entendu, il y a la *National Labor Relations Act* («*NLRA*»), qui prescrit certaines questions qui constituent le minimum sur lequel la direction et le syndicat doivent négocier en concluant une convention collective. Ces sujets de négociation obligatoires sont [TRADUCTION] «les échelles de salaires, les salaires, les heures de travail ou d’autres conditions de travail»: 29 U.S.C., § 159a). Cette liste englobe les prestations sociales pour les employés actifs, mais les avantages destinés aux retraités, sont des sujets de négociation facultatifs plutôt qu’obligatoires; voir *Chemical and Alkali Workers c. Pittsburgh Plate Glass Co.*,

condition precedent to a collective agreement. The dichotomy between mandatory and permissive subjects for bargaining has not been adopted in Canada, which requires good faith bargaining on all issues. The company argues that this difference serves to distinguish the American case law. In its submission, the permissive nature of bargaining over retirement benefits in the United States results in a greater entrenchment of such rights—a union can refuse to even discuss the issue, leaving the existing benefits untouched. In my view, this is a mischaracterization of the American position, and even if it were accurate it would not assist the company in this case, as the argument implicitly accepts the notion that retirement benefits are not automatically extinguished on the expiration of a collective agreement. I will return to this issue in greater detail below.

A second statute to note is the *Employee Retirement Income Security Act* (“ERISA”), 29 U.S.C. § 1001 *et seq.*, enacted by Congress in 1974. ERISA governs private pension plans in the United States, much like provincial Pension Benefits Acts in Canada. ERISA divides employee benefit plans into two distinct categories: “welfare plans” and “pension plans”. The former encompasses the benefits in question in this appeal. ERISA stipulates that pension plans be “nonforfeitable” upon the attainment of normal retirement age: 29 U.S.C. § 1053. That is, the pension must vest. However, welfare plans are explicitly exempted from this requirement: 29 U.S.C. § 1051. This exemption does not prohibit an employer from extending welfare benefits beyond the expiration of the collective bargaining agreement; it merely leaves that possibility to be determined by the parties during collective bargaining; see *United Food and Commercial Workers Int’l Union v. Dubuque Packing Co.*, 756 F.2d 66 (8th Cir. 1985), at p. 70. The cases that consider the distinction between welfare and pension benefits cite it as evidence that there is no federal labour policy favouring the vesting of

404 U.S. 157 (1971). Il est loisible aux parties de négocier sur ces questions facultatives, mais une partie peut refuser d’en discuter et l’autre ne saurait insister pour en discuter à titre de condition préalable d’une convention collective. Cette dichotomie entre sujets de négociation obligatoires et facultatifs n’a pas été adoptée au Canada, où toutes les questions doivent être négociées de bonne foi. La société soutient que cette différence permet de distinguer la jurisprudence américaine. Selon son argument, le caractère facultatif des négociations portant sur les prestations de retraite aux États-Unis entraîne une meilleure garantie de ces droits — le syndicat peut même refuser d’en discuter, ce qui a pour effet de laisser intacts les avantages existants. À mon avis, il s’agit là d’une mauvaise description du point de vue américain, qui, même si elle était exacte, n’aiderait pas la société en l’espèce, étant donné que, dans cet argument, on accepte implicitement l’idée que les prestations de retraite ne s’éteignent pas automatiquement à l’expiration d’une convention collective. Je reviendrai plus en détail sur cette question.

Il convient ensuite de mentionner l’*Employee Retirement Income Security Act* («ERISA»), 29 U.S.C., § 1001 *et suiv.*, adoptée par le Congrès en 1974. L’ERISA régit les régimes de pension privés aux États-Unis, à la manière des lois provinciales sur les prestations de retraite au Canada. L’ERISA divise les régimes de prestations des employés en deux catégories précises: les [TRADUCTION] «régimes de prestations sociales» et les «régimes de pension». La première comprend les avantages en cause dans le présent pourvoi. L’ERISA prévoit que les régimes de pension sont [TRADUCTION] «irrévocables» une fois atteint l’âge normal de la retraite: 29 U.S.C., § 1053. Autrement dit, le droit à une pension doit devenir acquis. Toutefois, les régimes de prestations sociales sont explicitement soustraits à cette exigence: 29 U.S.C., § 1051. Cette exemption n’interdit pas à un employeur de proroger les prestations sociales au-delà de l’expiration de la convention collective; elle donne simplement aux parties la faculté de discuter de cette possibilité dans le cadre de la négociation collective; voir *United Food and Commercial Workers Int’l Union c. Dubuque Pack-*

welfare benefits, thereby refuting any argument by retirees that an intention to vest such benefits should be inferred; see *Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.*, 836 F.2d 1512 (8th Cir. 1988), at p. 1516, *certiorari* denied, 489 U.S. 1051 (1989).^a

The final legislative provision of some consequence is § 301 of the *Labor Management Relations Act* (the “LMRA”), 29 U.S.C. § 185 (a), which reads:

Suits for violation of contracts between an employer and a labour organization representing employees in an industry affecting commerce as defined in this chapter, or between any such labour organizations, may be brought in any district court of the United States having jurisdiction of the parties, without respect to the amount in controversy or without regard to the citizenship of the parties.

This provision gives the federal courts jurisdiction to hear suits for breach of a collective agreement. The provision is not restricted to the parties to the collective agreement, and third parties can sue for breach of an agreement that affects them. As such, retired employees can sue either their former employer or their former bargaining agent for breach of the terms of a collective agreement; see *Pittsburgh Plate Glass Co.*, *supra*. As a general rule litigants must first exhaust arbitration remedies available under the collective agreement before turning to the courts, but retired workers, who are no longer part of the bargaining unit, are exempted from this requirement, and they are free to sue in the courts without first seeking a union’s assistance to file a grievance; see *Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.*, 727 F.2d 177 (8th Cir. 1984), rehearing en banc 752 F.2d 1293 (1988), *certiorari* denied, 471 U.S. 1102 (1985); see also *Schneider Moving & Storage Co. v. Robbins*, 466 U.S. 364 (8th Cir. 1984). This is a significant difference from Canadian law, which has

ing Co., 756 F.2d 66 (8th Cir. 1985), à la p. 70. Dans la jurisprudence où on tient compte de la distinction entre les prestations sociales et les prestations de pension, on dit que cette distinction est une preuve de l’absence de politique fédérale en matière de relations du travail, favorisant l’acquisition du droit à des prestations sociales, ce qui réfute tout argument avancé par les retraités, selon lequel il y a lieu d’inférer l’existence d’une intention que le droit à ces prestations soit un droit acquis; voir *Anderson c. Alpha Portland Industries, Inc.*, 836 F.2d 1512 (8th Cir. 1988), à la p. 1516, *certiorari* refusé, 489 U.S. 1051 (1989).^b

La dernière disposition législative qui a une certaine importance est l’art. 301 de la *Labor Management Relations Act* («LMRA»), 29 U.S.C., § 185a), qui est ainsi conçu:^c

[TRADUCTION] Les actions pour rupture de contrat conclu entre un employeur et un syndicat représentant des employés dans une industrie touchant le commerce, au sens du présent chapitre, ou entre tout syndicat de ce genre, peuvent être intentées devant toute cour de district des États-Unis ayant compétence à l’égard des parties, peu importe le montant en litige ou la citoyenneté des parties.^d

Cette disposition attribuée aux cours fédérales la compétence pour entendre des actions pour la violation d’une convention collective. Elle n’est pas limitée aux parties à la convention collective et les tiers peuvent intenter une action pour la violation d’une convention qui les touche. Les employés retraités peuvent donc poursuivre leur ex-employeur ou leur ex-agent négociateur pour la violation des conditions d’une convention collective; voir *Pittsburgh Plate Glass Co.*, précité. En règle générale, les parties doivent d’abord épuiser les procédures d’arbitrage prévues par la convention collective avant de s’adresser aux tribunaux, mais les retraités, qui n’appartiennent plus à l’unité de négociation, échappent à cette exigence et sont libres d’intenter une action en justice sans avoir d’abord à demander l’aide d’un syndicat pour déposer un grief; voir *Anderson c. Alpha Portland Industries, Inc.*, 727 F.2d 177 (8th Cir. 1984), nouvelle audition *in banco*, 752 F.2d 1293 (1988), *certiorari* refusé, 471 U.S. 1102 (1985); voir aussi *Schneider Moving & Storage Co. c. Robbins*,

strictly curtailed recourse to the courts for resolution of collective agreement disputes; see *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704. A useful review of the development of § 301 is found in Adell, *supra*, at pp. 125-35.

This brief overview of American legislation suggests a legal setting for the negotiation of retirement benefits that is different, but not entirely distinct, from our own. Canadian labour law does not recognize the distinction between mandatory and permissive subjects of bargaining, but this does not directly impact on the vesting of retirement benefits. Canadian jurisdictions do not provide for an explicit dichotomy between pension and welfare benefits for retirees, but provincial pensions legislation, to varying degrees, protects the vested nature of pension plans; see, for example, *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 10, 35-38, 75. To my knowledge there is no equivalent legislative protection for welfare benefits, thus mirroring the American position. As discussed above, the remedial differences with respect to access to the courts is significant, and may differentiate the nature and scope of vested benefits in the two countries. However, even this difference does not impair the underlying concept of vesting in Canada.

I turn now to a review of the American cases, keeping the legislative provisions outlined above in mind. An appropriate starting point is *John Wiley & Sons v. Livingston*, to which I have already referred in the context of vested rights in general. *Wiley* is not a retirement benefits case, but it does establish the concept of accrued rights surviving the expiry of a collective agreement. In *Wiley*, a unionized company (Interscience) merged with a larger non-union company (Wiley), which had the effect of terminating the collective agree-

466 U.S. 364 (8th Cir. 1984). Cela représente une différence importante par rapport au droit canadien qui a strictement restreint le recours aux tribunaux pour régler des différends qui résultent de la convention collective; voir l'arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704. On trouvera une analyse utile de l'évolution de l'art. 301 dans Adell, *op. cit.*, aux pp. 125 à 135.

Ce bref aperçu de la législation américaine indique que le cadre législatif de la négociation des prestations de retraite est différent, mais non tout à fait distinct, du nôtre. Le droit canadien du travail ne reconnaît pas la distinction entre les sujets de négociation obligatoires et les sujets de négociation facultatifs, mais cela n'a pas d'effet direct sur l'acquisition du droit à des prestations de retraite. Au Canada, il n'y a pas de dichotomie explicite entre les prestations de pension et les prestations sociales des retraités, mais la législation provinciale en matière de pensions protège, à divers degrés, les droits acquis en matière de régimes de pension; voir, par exemple, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 10, 35 à 38 et 75. À ma connaissance, les prestations sociales ne bénéficient pas d'une protection législative équivalente, la situation étant donc la même qu'aux États-Unis. Comme nous l'avons vu plus haut, les différences sur le plan des recours aux tribunaux sont importantes et peuvent distinguer la nature et l'étendue des avantages acquis dans les deux pays. Toutefois, même cette différence ne porte pas atteinte à la notion sous-jacente des droits acquis au Canada.

Je vais maintenant étudier la jurisprudence américaine en ayant à l'esprit les dispositions législatives exposées plus haut. L'arrêt *John Wiley & Sons c. Livingston*, que j'ai déjà mentionné dans le contexte des droits acquis en général, est un bon point de départ. Cet arrêt ne porte pas sur des prestations de retraite, mais il établit la notion de droits accumulés qui survivent à une convention collective. Dans *Wiley*, une société dont les employés étaient syndiqués (Interscience) a fusionné avec une société plus importante où aucun syndicat ne

ment at Interscience. The union claimed that certain rights under that collective agreement survived its expiry—questions of seniority status, severance pay, etc. The union argued that in the new union-free entity, certain rights negotiated under the old agreement remained “vested” in the Interscience employees. The company challenged the arbitrability of the dispute, and the union sued under § 301 *LMRA* to compel arbitration. The U.S. Supreme Court took note of the limited nature of the union’s action. It stated, at p. 551: “This Union does not assert that it has any bargaining rights independent of the Interscience agreement; it seeks to arbitrate claims based on that agreement, now expired, not to negotiate a new agreement” (emphasis added). Writing for the court, Harlan J. commented on the action in this way, at pp. 554-55:

It is true that the Union has framed its issues to claim rights not only “now”—after the merger but during the term of the agreement—but also after the agreement expired by its terms. Claimed rights during the term of the agreement, at least, are unquestionably within the arbitration clause; we do not understand Wiley to urge that the Union’s claims to all such rights have become moot by reason of the expiration of the agreement. [Wiley apparently conceded the possibility that a right to severance pay might accrue before the expiration of the contract but be payable “at some future date”]. As to claimed rights [after expiry], it is reasonable to read the claims as based solely on the Union’s construction of the Interscience agreement in such a way that, had there been no merger, Interscience would have been required to discharge certain obligations notwithstanding the expiration of the agreement. We see no reason why parties could not if they so chose agree to the accrual of rights during the term of an agreement and their realization after the agreement had expired

représentait les employés (Wiley), ce qui a eu pour effet de mettre fin à la convention collective en vigueur chez Interscience. Le syndicat a affirmé que certains droits découlant de cette convention collective avaient survécu à celle-ci—des questions d’ancienneté, d’indemnité de départ, etc. Le syndicat a soutenu que, dans la nouvelle entité où les employés n’étaient pas syndiqués, certains droits négociés sous le régime de l’ancienne convention étaient des «droits acquis» des employés d’Interscience. La société a contesté l’arbitrabilité du conflit et le syndicat a intenté une action fondée sur l’art. 301 *LMRA* afin d’imposer l’arbitrage. La Cour suprême des États-Unis a pris acte de la nature limitée de l’action intentée par le syndicat. À la page 551, elle dit ceci: [TRADUCTION] «Le syndicat ne soutient pas qu’il possède des droits de négociation indépendants de la convention conclue avec Interscience; il cherche à faire arbitrer des demandes fondées sur cette convention maintenant expirée et non à négocier une nouvelle convention» (je souligne). S’exprimant au nom de la cour, le juge Harlan fait observer ce qui suit au sujet de l’action, aux pp. 554 et 555:

[TRADUCTION] Il est vrai que le syndicat a formulé ses questions de façon à revendiquer des droits non seulement «maintenant»—après la fusion mais pendant la durée de la convention—mais encore après que la convention a expiré. Les droits revendiqués pendant la durée de la convention, du moins, sont indéniablement visés par la clause d’arbitrage; selon nous, Wiley ne fait pas valoir que les demandes du syndicat touchant tous ces droits ont perdu tout intérêt pratique à cause de l’expiration de la convention. [Wiley reconnaît apparemment qu’il est possible qu’un droit à une indemnité de départ prenne naissance avant l’expiration du contrat mais qu’il ne soit exécutoire «qu’à une date ultérieure»]. Quant aux droits revendiqués [après l’expiration], il est raisonnable d’interpréter les demandes comme fondées seulement sur l’interprétation que le syndicat donne de la convention d’Interscience, savoir qu’en l’absence de fusion, Interscience aurait été tenue de s’acquitter de certaines obligations en dépit de l’expiration de la convention. Nous ne voyons pas pourquoi les parties ne pourraient pas, à leur gré, accepter que des droits s’accumulent pendant la durée d’une convention collective et ne soient mis à exécution qu’après l’expiration de la convention . . .

Whether or not the Union's demands have merit will be determined by the arbitrator in light of the fully developed facts. It is sufficient for present purposes that the demands are not so plainly unreasonable that the subject matter of the dispute must be regarded as non-arbitrable because it can be seen in advance that no award to the Union could receive judicial sanction.

Wiley, then, confirmed the proposition that certain rights in a collective agreement could accrue and be realized after the expiration of the agreement.

A second U.S. Supreme Court decision should be considered before assessing the *Yard-Man* cases. This is *Pittsburgh Plate Glass Co.*, *supra*, which considered the relationship between active and retired employees. In that case, a collective agreement provided certain health insurance benefits for retired workers. The company wanted to alter these benefits, and made a proposal directly to the retired employees. The union filed unfair labour practice charges, alleging that the company was required to bargain only with the union over these benefits. The Supreme Court rejected these allegations, by ruling that retirement benefits are not a mandatory subject of bargaining. As I have noted, the duty to bargain in good faith in the United States extends only to "mandatory subjects of collective bargaining" under the *NLRA*. Thus the company did not breach its obligations to the union by bargaining with the retirees individually. The court rejected arguments that retirement benefits were merely deferred compensation for active employees, which would have triggered the duty to bargain in good faith. The reasoning of Brennan J. on this last point is important in understanding the American view of the status of retired workers. He stated at p. 181:

Having once found it advantageous to bargain for improvements in pensioners' benefits, active workers are not forever thereafter bound to that view or obliged to negotiate in behalf of retirees again. To the contrary, they are free to decide, for example, that current income is preferable to greater certainty in their own retirement benefits or, indeed, to their retirement benefits alto-

C'est l'arbitre qui statuera sur le bien-fondé des demandes du syndicat, en tenant compte des faits exposés en détail. Qu'il suffise pour l'instant de dire que les demandes ne sont pas à ce point manifestement déraisonnables que l'objet du litige doive être considéré comme non arbitrable parce qu'on peut prévoir qu'aucune sentence arbitrale en faveur du syndicat ne pourrait être sanctionnée par les tribunaux.

L'arrêt *Wiley* a donc confirmé la proposition voulant que certains droits pouvaient s'accumuler dans une convention collective et n'être mis à exécution qu'après l'expiration de la convention.

Il y a lieu d'examiner un second arrêt de la Cour suprême des États-Unis avant d'évaluer les affaires *Yard-Man*. Il s'agit de l'arrêt *Pittsburgh Plate Glass Co.*, précité, où l'on a examiné les rapports entre les employés actifs et les retraités. Dans cette affaire, une convention collective prévoyait certains avantages destinés aux retraités, au titre de l'assurance-maladie. La société, qui voulait modifier ces avantages, a fait une proposition directement aux retraités. Le syndicat a porté des accusations de pratiques déloyales de travail, alléguant que la société était tenue de négocier seulement avec lui au sujet de ces avantages. La Cour suprême a rejeté ces allégations en décidant que les prestations de retraite n'étaient pas un sujet de négociation obligatoire. Comme je l'ai déjà souligné, l'obligation de négocier de bonne foi aux États-Unis ne vise que les «sujets de négociation obligatoires» en vertu de la *NLRA*. Ainsi, la société n'a pas manqué à ses obligations envers le syndicat en négociant avec les retraités pris individuellement. La cour a rejeté les arguments voulant que les prestations de retraite ne représentaient qu'une rémunération différée pour les employés actifs, qui aurait fait naître l'obligation de négocier de bonne foi. Le raisonnement du juge Brennan sur ce dernier point est important car il permet de comprendre la perception américaine de la situation des retraités. Il affirme, à la p. 181:

[TRADUCTION] Ayant déjà trouvé avantageux de négocier des améliorations aux prestations de retraite, les employés actifs ne sont pas désormais liés à jamais à ce point de vue ni obligés de négocier de nouveau au nom des retraités. Au contraire, ils sont libres de décider, par exemple, que le revenu actuel est préférable à une plus grande certitude concernant leurs propres prestations de

gether. By advancing pensioners' interests now, active employees, therefore, have no assurance that they will be the beneficiaries of similar representation when they retire. [Emphasis added.]

I have highlighted the distinction between active and retired workers, as this would appear to go to the heart of the court's decision. Under American law, it seems, the focus of the analysis is on the date of retirement. Before this time, the active employee is completely at the mercy of the collective bargaining process. He or she might work a lifetime on the premise that retirement benefits will be forthcoming, yet be deprived of those rights if they are bargained away in reaching the collective agreement under which he or she retires. This may seem harsh, but it is of the essence of the collective bargaining process. As a member of the bargaining unit, the employee is in a position to influence the course of bargaining, and thus ensure that the bargaining agent does not consent to the expropriation of a lifetime of foregone income which has been sacrificed in return for the promise of retirement benefits. But the position of retired employees is different, a point which Brennan J. emphasized in a footnote to the passage quoted above:

Since retirees are not members of the bargaining unit, the bargaining agent is under no statutory duty to represent them in negotiations with the employer. . . .

This does not mean that when a union bargains for retirees—which nothing in this opinion precludes if the employer agrees—the retirees are without protection. Under established contract principles, vested retirement rights may not be altered without the pensioner's consent. . . . The retiree, moreover, would have a federal remedy under § 301 of the Labor Management Relations Act for breach of contract if his benefits were unilaterally changed.

In sum, the union is free to bargain on behalf of retired employees to increase welfare benefits for retired workers, but any bargaining that decreases such benefits would be at the peril of both the employer and the union. The retirees would have a range of options for redress. If the benefits had

retraite ou, en fait, à quelques prestations de retraite que ce soit. En promouvant les intérêts des retraités maintenant, les employés actifs n'ont donc aucune garantie que de semblables démarches seront faites pour leur compte quand ils prendront leur retraite. [Je souligne.]

J'ai souligné la distinction entre les employés actifs et les retraités, car elle semble être au cœur de la décision de la cour. En droit américain, semble-t-il, l'analyse est axée sur la date de la retraite. Avant cette date, l'employé actif est complètement à la merci du processus de la négociation collective. Il pourrait travailler toute sa vie en comptant recevoir des prestations de retraite, et pourtant en être privé si elles ont été supprimées lors des négociations qui ont mené à la convention collective en vigueur lorsqu'il prend sa retraite. Cela peut sembler dur, mais c'est une caractéristique essentielle du processus de la négociation collective. En tant que membre de l'unité de négociation, l'employé est en mesure d'influer sur le déroulement de la négociation et de faire en sorte que l'agent négociateur ne consente pas à la dépossession du revenu de toute une vie qui a été sacrifié en échange de la promesse de prestations de retraite. Mais la situation des retraités est différente, ce que le juge Brennan fait remarquer dans une note qui accompagne le passage précité:

[TRADUCTION] Comme les retraités ne sont pas membres de l'unité de négociation, l'agent négociateur n'a aucune obligation légale de les représenter dans les négociations avec l'employeur . . .

Cela ne veut pas dire que, lorsqu'un syndicat négocie pour les retraités—ce que n'interdit aucunement la présente opinion, si l'employeur y consent—les retraités n'ont aucune protection. Conformément aux principes établis en droit des contrats, les droits acquis en matière de retraite ne peuvent être modifiés sans l'accord des retraités [. . .] De plus, le retraité aurait un recours fédéral fondé sur l'art. 301 de la Labor Management Relations Act, pour rupture de contrat, en cas de modification unilatérale de ses avantages.

Somme toute, le syndicat est libre de négocier au nom des retraités en vue d'augmenter les prestations sociales destinées aux retraités, mais toute négociation tendant à diminuer ces prestations se ferait aux risques et périls et de l'employeur et du syndicat. Les retraités disposeraient de toute une

been reduced unilaterally by the employer, then the retirees would prevail upon the union to grieve the reduction on their behalf under the collective agreement under which the benefits had vested. Alternatively the retirees could sue the employer without resorting first to the arbitration process; see *Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.*, 727 F.2d 177 (8th Cir. 1984), hearing en banc, 752 F.2d 1293 (1988), *certiorari* denied, 471 U.S. 1102 (1985). The union may have been a willing party to the reduction in retirement benefits, by trading off retirement benefits for higher current wages. In that case the retirees could pursue an unfair representation charge against the union, and could also sue both the employer and the union under § 301. Given this range of remedies, retirement rights in the United States can vest in the strongest sense of that term. The development of the American conception of vested rights is traced by Adell, *supra*, at pp. 135-40.

I turn, then, to the spate of decisions in the past decade on the very issue with which we are here concerned. As I have noted, the leading decision is the *Yard-Man* case, although the issue was considered in earlier cases: see *Turner v. Teamsters*, 604 F.2d 1219 (9th Cir. 1979). The facts in *U.A.W. v. Yard-Man, Inc.*, *supra*, are typical of these cases, and are quite similar to those in the present case. There, a plant closing prompted the termination of a collective agreement, and the company advised retirees that life and health insurance benefits would be cut off at that time. The collective agreement purportedly promised that these benefits would continue beyond the term of the collective agreement, and the union sued under § 301 on behalf of the retirees, seeking specific performance of that purported obligation.

The Sixth Circuit Court of Appeals reviewed the case law stemming from *Wiley*, citing it as authority for the proposition that parties to a collective

gamme de recours possibles. Si les avantages avaient été réduits unilatéralement par l'employeur, les retraités pourraient alors persuader le syndicat de déposer en leur nom un grief relatif à la réduction conformément à la convention collective en vertu de laquelle ces avantages ont été acquis. Subsidiairement, les retraités pourraient poursuivre l'employeur sans d'abord recourir au processus d'arbitrage; voir *Anderson c. Alpha Portland Industries, Inc.*, 727 F.2d 177 (8th Cir. 1984), nouvelle audition *in banco*, 752 F.2d 1293 (1988), *certiorari* refusé, 471 U.S. 1102 (1985). Le syndicat peut avoir acquiescé à la réduction des prestations de retraite, en contrepartie d'une augmentation de salaire. En pareil cas, les retraités pourraient accuser le syndicat de représentation inéquitable et, en outre, engager une action à la fois contre l'employeur et le syndicat en application de l'art. 301. Étant donné cette gamme de recours, les droits en matière de retraite aux États-Unis peuvent devenir acquis au sens le plus fort du terme. Adell, *op. cit.*, aux pp. 135 à 140, raconte l'évolution de la conception américaine des droits acquis.

J'arrive maintenant à l'avalanche de décisions rendues durant la dernière décennie sur la question même qui nous occupe. Comme je l'ai déjà souligné, l'arrêt de principe est *Yard-Man*, encore que la question ait été examinée dans des décisions antérieures: voir *Turner c. Teamsters*, 604 F.2d 1219 (9th Cir. 1979). Les faits de l'arrêt *U.A.W. c. Yard-Man, Inc.*, précité, sont typiques et ressemblent beaucoup à ceux de l'espèce. Une fermeture d'usine a mis fin à une convention collective et la société a avisé les retraités que les avantages qui leur étaient destinés, au titre de l'assurance sur la vie et de l'assurance-maladie, seraient alors éliminés. La convention collective promettait apparemment que ces avantages survivraient à la convention collective et le syndicat s'est fondé sur l'art. 301 pour tenter une action au nom des retraités, en vue d'obtenir l'exécution intégrale de cette obligation apparente.

La cour d'appel du sixième circuit a passé en revue la jurisprudence découlant de l'arrêt *Wiley*, la citant à l'appui de la proposition voulant que les

agreement can contract for rights that extend beyond the term of a collective agreement. Whether such vesting had in fact occurred would depend, of course, on the intent of the parties, and the court found that many of the basic principles of contractual interpretation are appropriate for discerning such intent. As such, the court established the following approach for determining whether retirement benefits have vested. It suggested that courts should look first to the disputed language in the collective agreement, interpreting each provision as part of an integrated whole. If ambiguities exist, courts should then look to other provisions of the agreement, and to the context in which the agreement was negotiated. Finally, the interpretation of the agreement should be consonant with federal labour policy.

Applying this approach, the court concluded that the clause before them respecting retirement benefits was ambiguous as to vesting. The clause read as follows: "The Company will provide insurance benefits equal to the active group benefits . . . for the former employee and his spouse." The agreement did not explicitly contemplate the eventuality of the termination of the collective agreement, and as such was unclear on whether retirees' rights would survive that event. Accordingly, the court reviewed other provisions of the agreement, finding several instances in which the text was indicative of an intent to vest retirement benefits. Finally, it considered the context in which the benefits were negotiated, reasoning as follows, at p. 1482:

Finally, examination of the context in which these benefits arose demonstrates the likelihood that continuing insurance benefits for retirees were intended. Benefits for retirees are only permissive not mandatory subjects of collective bargaining As such, it is unlikely that such benefits, which are typically understood as a form of delayed compensation or reward for past services, would be left to the contingencies of future negotiations The employees are presumably aware that the union owes no obligation to bargain for continued

parties à une convention collective puissent stipuler des droits qui survivent à la convention collective. La question de savoir s'il y avait eu pareille acquisition de droits dépendait, bien sûr, de l'intention des parties et la cour a conclu qu'il convenait d'appliquer un bon nombre des principes fondamentaux d'interprétation des contrats pour discerner cette intention. Dans cette optique, la cour a établi la méthode suivante pour décider si un droit à des prestations de retraite a été acquis. Elle a dit que les tribunaux devraient d'abord étudier les termes contestés de la convention collective, en interprétant chaque disposition comme un élément d'un tout intégré. S'il y a des ambiguïtés, les tribunaux devraient alors tenir compte des autres dispositions de la convention et du contexte dans lequel la convention a été négociée. Finalement, l'interprétation de la convention devrait être compatible avec la politique fédérale en matière de relations du travail.

Applicant cette méthode, la cour a conclu que la clause qui lui avait été soumise concernant les prestations de retraite était ambiguë quant à l'acquisition d'un droit. La clause était ainsi conçue: [TRADUCTION] «La société fournira, au titre de l'assurance, des avantages égaux à ceux accordés au groupe actif [. . .] au profit de l'ex-employé et de son conjoint.» La convention n'envisageait pas expressément l'éventualité de l'expiration de la convention collective et, de ce fait, elle ne disait pas clairement si les droits des retraités subsisteraient le cas échéant. Par conséquent, la cour a examiné d'autres dispositions de la convention et a jugé que plusieurs indiquaient l'intention que le droit à des prestations de retraite soit acquis. Pour terminer, elle a pris en considération le contexte dans lequel les avantages ont été négociés, faisant le raisonnement suivant, à la p. 1482:

[TRADUCTION] Enfin, l'examen du contexte dans lequel ces avantages ont pris naissance révèle l'intention probable que les retraités continuent d'avoir droit à des avantages au titre de l'assurance. Les avantages destinés aux retraités sont seulement facultatifs et ne constituent pas des sujets obligatoires de négociation collective. [. . .] En tant que tels, il y a peu de chances que ces avantages, qui sont habituellement interprétés comme une forme de rémunération ou de rétribution différée pour des services antérieurs, soient laissés à la merci de

benefits for retirees. If they forego wages now in expectation of retiree benefits, they would want assurance that once they retire they will continue to receive such benefits regardless of the bargain reached in subsequent agreements. Contrary to Yard-Man's assertions, the finding of an intent to create interminable rights to retiree insurance benefits in the absence of explicit language, is not, in any discernible way, inconsistent with federal labor law.

Further, retiree benefits are in a sense "status" benefits which, as such, carry with them an inference that they continue so long as the prerequisite status is maintained. Thus, when the parties contract for benefits which accrue upon achievement of retiree status, there is an inference that the parties likely intended those benefits to continue as long as the beneficiary remains a retiree. This is not to say that retiree insurance benefits are necessarily interminable by their nature. Nor does any federal labor policy identified to this Court presumptively favor the finding of interminable rights to retiree insurance benefits when the collective bargaining agreement is silent. Rather, as part of the context from which the collective bargaining agreement arose, the nature of such benefits simply provides another inference of intent. Standing alone, this factor would be insufficient to find an intent to create interminable benefits. In the present case, however, this contextual factor buttresses the already sufficient evidence of such intent in the language of this agreement itself.

In the result, the court granted specific performance, ordering the company to continue to pay retirement benefits to its former employees.

The central proposition of *Yard-Man*, that parties to a collective agreement can provide for "interminable" retirement benefits, has not since been challenged in the numerous cases that have considered it. The approach was immediately followed in *Bower v. Bunker Hill Co.*, 725 F.2d 1221 (9th Cir. 1984), at p. 1222, and in *U.A.W. v. Cadillac Malleable Iron Co.*, 728 F.2d 807 (6th Cir. 1984), at p. 808. In *Cadillac* the Sixth Circuit clarified that

négociations futures [. . .] Les employés sont vraisemblablement au courant du fait que le syndicat n'est pas tenu de négocier le maintien des avantages destinés aux retraités. S'ils renoncent aujourd'hui à des salaires dans l'espoir de toucher des prestations de retraite, ils voudront recevoir l'assurance qu'à la retraite ils continueront de percevoir ces prestations peu importe le contenu des conventions ultérieures. Contrairement aux assertions de Yard-Man, conclure à l'intention de créer des droits irrévocables à des avantages destinés aux retraités, au titre de l'assurance, en l'absence de termes explicites, n'est absolument pas incompatible avec le droit fédéral en matière de relations du travail.

De plus, les prestations de retraite sont, dans un sens, des avantages «rattachés à une situation» qui, en tant que tels, permettent d'inférer qu'ils seront maintenus tant que la situation préalablement requise subsistera. Ainsi, quand les parties stipulent dans un contrat que des avantages seront attribués à quiconque prendra sa retraite, on en infère que les parties voulaient probablement que ces avantages subsistent tant que le bénéficiaire sera à la retraite. Cela ne revient pas à dire que les avantages destinés aux retraités, au titre de l'assurance, sont nécessairement irrévocables par nature. Et notre cour n'a été informée d'aucune politique fédérale en matière de relations du travail qui l'autorise à conclure, par présomption, que des droits à des avantages destinés aux retraités, au titre de l'assurance, sont irrévocables, lorsque la convention collective ne dit rien à ce sujet. Au contraire, vu qu'elle fait plutôt partie du contexte dans lequel la convention collective a été négociée, la nature de ces avantages permet simplement d'inférer l'existence d'une intention. À lui seul, ce facteur serait insuffisant pour conclure à l'intention de créer des avantages irrévocables. En l'espèce, toutefois, ce facteur contextuel étaye la preuve déjà suffisante de cette intention que fournit le texte même de cette convention.

En définitive, la cour a accordé l'exécution intégrale, ordonnant à la société de continuer de verser des prestations de retraite à ses anciens employés.

La proposition cruciale de l'arrêt *Yard-Man*, selon laquelle les parties à une convention collective peuvent stipuler des prestations de retraite «irrévocables», n'a pas depuis lors été contestée dans les nombreuses affaires où on l'a examinée. La méthode a été suivie immédiatement dans les arrêts *Bower c. Bunker Hill Co.*, 725 F.2d 1221 (9th Cir. 1984), à la p. 1222, et *U.A.W. c. Cadillac Malleable Iron Co.*, 728 F.2d 807 (6th Cir. 1984),

the inference of an intention to vest benefits does not reverse the onus of proof, which remains with the union as the party asserting that benefits have vested. The Eighth Circuit, while accepting the concept that retirement benefits can vest, has rejected the notion that an inference of vesting arises from the fact that such rights are “status benefits”; see *Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.*, 836 F.2d 1512 (8th Cir. 1988), *certiorari* denied, 489 U.S. 1051 (1989); and see *United Food and Commercial Workers Int’l Union v. Dubuque Packing Co.*, *supra*, at p. 70. The split between the Sixth and Eighth circuits was considered in *United Paperworkers v. Champion International Corp.*, 908 F.2d 1252 (5th Cir. 1990), where the court observed, at p. 1261, that at a minimum the cases agree that vesting of benefits can take place if the collective agreement so provides. It put it:

In none of these cases did the court assume as a general principle of law that the termination of a collective bargaining agreement terminates the retirement benefits conferred by that agreement. In each case the court looked to the specific agreement in question to discern whether there was an intent to confer lifetime health insurance benefits on the covered retirees.

As to the disputed point, the court concluded in a footnote at pp. 1261-62 as follows:

To the extent that *Yard-Man* held that there is, as a general proposition, an inference of an intent to vest retirement benefits (because they are “status” benefits), we find merit in the Eighth Circuit’s criticism in *Anderson* of this aspect of *Yard-Man* and find no basis in logic or federal labor policy for such a broad inference. However, we note that this would not prevent the district court from considering, as some evidence of intent, for example, the fact that retirees have no voice in negotiating a new collective bargaining agreement, a fact of quite general applicability to cases where the vesting of

à la p. 808. Dans l’arrêt *Cadillac*, la cour du sixième circuit a précisé qu’inférer l’intention que des avantages soient acquis n’inverse pas le fardeau de la preuve qui continue d’incomber au syndicat à titre de partie qui prétend que des avantages ont été acquis. La cour du huitième circuit, tout en acceptant que le droit à des prestations de retraite peut être acquis, a rejeté l’idée que le fait que pareils droits sont «rattachés à une situation» permet d’inférer qu’ils sont acquis; voir *Anderson c. Alpha Portland Industries, Inc.*, 836 F.2d 1512 (8th Cir. 1988), *certiorari* refusé, 489 U.S. 1051 (1989); voir aussi *United Food and Commercial Workers Int’l Union c. Dubuque Packing Co.*, précité, à la p. 70. Le désaccord entre les cours du sixième et du huitième circuit a été examiné dans *United Paperworkers c. Champion International Corp.*, 908 F.2d 1252 (5th Cir. 1990), où la cour a fait observer, à la p. 1261, qu’on est à tout le moins d’accord, dans la jurisprudence, pour dire que des avantages peuvent être acquis si la convention collective le stipule. Elle s’exprime ainsi:

[TRADUCTION] Dans aucune de ces affaires, la cour ne présume que, selon un principe général du droit, l’expiration d’une convention collective met fin aux prestations de retraite accordées par cette convention. Dans chaque affaire, la cour a tenu compte de la teneur de la convention en cause afin d’y discerner une intention d’accorder aux retraités visés des avantages viagers, au titre de l’assurance-maladie.

Quant au point contesté, la cour conclut en ces termes dans une note de renvoi, aux pp. 1261 et 1262:

[TRADUCTION] Dans la mesure où la cour a conclu, dans l’arrêt *Yard-Man*, qu’on pouvait, en règle générale, inférer l’intention que le droit à des prestations de retraite soit acquis (parce que ce sont des avantages «rattachés à une situation»), nous estimons bien fondée la critique de cet aspect de l’arrêt *Yard-Man* qu’a faite la cour du huitième circuit dans l’affaire *Anderson* et nous estimons que ni la logique ni la politique fédérale en matière de relations du travail ne justifient une inférence aussi générale. Toutefois, nous remarquons que cela n’empêcherait pas la cour de district de prendre en considération, comme preuve d’intention, par exemple, le fait que les retraités n’ont pas voix au chapitre pour ce qui est de négocier une nouvelle convention collective, ce qui peut s’appliquer de façon très générale aux affaires qui portent sur l’acquisition du droit à des prestations de

retirement benefits is at issue. In other words, this matter must be determined on a contract-by-contract basis.

Thus, the Fifth Circuit stakes out a compromise position. But other courts appear to endorse the inferential approach; see *Keffer v. H. K. Porter Co.*, 872 F.2d 60 (4th Cir. 1989). Recent decisions continue to endorse the basic propositions of *Yard-Man: United Steelworkers of America v. Connors Steel Co.*, 855 F.2d 1499 (11th Cir. 1988); *Ryan v. Chromalloy American Corp.*, 877 F.2d 598 (7th Cir. 1989). An apparently contradictory decision from the Seventh Circuit, *Merk v. Jewel Companies, Inc.*, 848 F.2d 761 (7th Cir. 1988), in fact deals with a different issue, whether employees who retire in the midst of collective bargaining can complain about a reduction in benefits in the agreement under negotiation when they retired.

In argument before this Court, the company branded the *Yard-Man* cases as a divergent strand of jurisprudence emerging solely from the Sixth Circuit. However, as the cases applying *Yard-Man* reveal, the decision has gained general acceptance across the United States, and any differences have been confined to a debate over how to ascertain the intent of the parties. Moreover, these cases are entirely consistent with the earlier Supreme Court authorities supporting the concept of vested rights for retirees. Taken as a whole, I find the American jurisprudence to be highly persuasive of the approach this Court should adopt. The American courts have properly focused on the time of retirement as the moment at which certain rights granted under a collective agreement vest. While distinctions can be drawn with respect to the enforceability of the right in Canada, such distinctions, in my view, have no bearing on the present appeal.

(b) *The Law in Canada*

The status of retirement benefits has received comparatively little attention by Canadian courts

retraite. Autrement dit, cette question doit être tranchée en fonction de chaque contrat en cause.

Ainsi, la cour du cinquième circuit a adopté une solution de compromis. Mais d'autres tribunaux semblent retenir la solution de l'inférence; voir *Keffer c. H. K. Porter Co.*, 872 F.2d 60 (4th Cir. 1989). Dans des décisions récentes, on a continué de souscrire aux propositions fondamentales de l'arrêt *Yard-Man: United Steelworkers of America c. Connors Steel Co.*, 855 F.2d 1499 (11th Cir. 1988), et *Ryan c. Chromalloy American Corp.*, 877 F.2d 598 (7th Cir. 1989). Une décision apparemment contradictoire de la cour du septième circuit, *Merk c. Jewel Companies, Inc.*, 848 F.2d 761 (7th Cir. 1988), traite en fait d'une question différente, celle de savoir si des employés qui prennent leur retraite durant les négociations collectives peuvent se plaindre d'une réduction, dans la convention en train d'être négociée, des avantages accordés au moment où ils prennent leur retraite.

Dans sa plaidoirie devant notre Cour, la société a qualifié la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Yard-Man* de courant de jurisprudence divergent qui émane seulement de la cour du sixième circuit. Toutefois, comme le révèle la jurisprudence qui applique l'arrêt *Yard-Man*, celui-ci a été généralement accepté partout aux États-Unis et toute divergence s'est limitée à un débat sur la manière de vérifier l'intention des parties. De plus, cette jurisprudence est tout à fait compatible avec les arrêts antérieurs de la Cour suprême appuyant la notion de droits acquis pour les retraités. J'estime que la jurisprudence américaine, prise globalement, est fort convaincante en ce qui a trait à la solution que notre Cour devrait adopter. C'est avec raison que les tribunaux américains ont jugé que la date de la retraite était la date à laquelle certains droits accordés par une convention collective devenaient acquis. Même s'il est possible d'établir des distinctions quant à la possibilité de faire exécuter ces droits au Canada, ces distinctions n'ont, à mon sens, aucun rapport avec le présent pourvoi.

b) *Le droit canadien*

Par comparaison, les cours de justice et les tribunaux du travail au Canada ont rarement eu à se

and labour tribunals, and there is almost no case law on the status of retired workers under Canadian collective bargaining regimes. A useful starting point, and a case that can be considered the leading Canadian authority on the question, is the decision of the British Columbia Labour Relations Board in *Canadian Paperworkers Union v. Pulp and Paper Industrial Relations Bureau* (1977), 77 C.L.L.C. 675. Unfortunately, the decision has not been widely reported, was not cited in argument before this Court, and was apparently not considered by the courts below. At issue in the case was the question of whether unions could legitimately bargain on behalf of retired workers. The board analyzed this issue in an admirably comprehensive fashion, drawing on the then emergent American case law in the area.

In that case, the employer had refused to bargain on improvements to retirees' pension rights, claiming that the union was not legally entitled to bargain on behalf of the retirees on this issue. The union complained to the Labour Relations Board, alleging bad faith bargaining by the employer, contrary to British Columbia's *Labour Code*, S.B.C. 1973 (2nd), c. 122. The complaint was ultimately dismissed. The board found that the duty to bargain in good faith does not attach to specific issues (although the refusal to bargain on any one issue was evidence going to overall conduct contravening the global duty to bargain in good faith). The board commenced its reasons by expressing disbelief at the position taken by the employer, citing evidence, at p. 678, of "a widespread practice of negotiating the issue in major collective bargaining relationships right across North America." The employer, however, adopted the position that this "widespread practice" was merely permissive bargaining, and that employers could not be compelled to bargain on the issue. The employer thus advocated adoption of the American distinction between mandatory and permissive subjects of bargaining, citing *Pittsburgh Plate Glass Co.*, *supra*, in support. However, the board rejected this

prononcer sur la question des prestations de retraite et presque aucun précédent ne traite de la situation des retraités sous les régimes de négociation collective canadiens. La décision de la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, *Canadian Paperworkers Union c. Pulp and Paper Industrial Relations Bureau* (1977), 77 C.L.L.C. 675, constitue un point de départ utile et peut être considérée comme la décision de principe au Canada sur la question. Malheureusement, elle n'a pas été largement diffusée, n'a pas été citée au cours des plaidoiries devant notre Cour et n'a apparemment pas été prise en considération par les tribunaux d'instance inférieure. Cette affaire portait sur la question de savoir si les syndicats pouvaient légitimement négocier au nom des retraités. L'analyse que la Commission a faite est admirablement exhaustive et s'inspire de la jurisprudence américaine qui se faisait alors jour en la matière.

Dans cette affaire, l'employeur avait refusé de négocier des améliorations aux droits des retraités, au titre des pensions, prétendant que le syndicat n'était pas légalement habilité à négocier au nom des retraités à ce sujet. Le syndicat a porté plainte devant la Commission des relations de travail, alléguant que l'employeur négociait de mauvaise foi, contrairement au code du travail de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1973 (2^e sess.), ch. 122. La plainte a finalement été rejetée. La Commission a conclu que l'obligation de négocier de bonne foi ne se rattachait pas à des questions précises (quoique le refus de négocier sur une question donnée tendait à démontrer l'existence d'une conduite qui, dans l'ensemble, transgressait l'obligation générale de négocier de bonne foi). Au début de ses motifs, la Commission a dit qu'elle n'en revenait pas du point de vue adopté par l'employeur, citant, à la p. 678, une preuve de l'existence d'[TRADUCTION] «une pratique répandue consistant à négocier la question dans le cadre de la négociation des conventions collectives d'importance dans toute l'Amérique du Nord.» Toutefois, l'employeur a soutenu que cette «pratique répandue» ne visait que les sujets de négociation facultatifs et que les employeurs ne pouvaient pas être obligés

dichotomy, commenting as follows at p. 690 and at p. 691:

In our judgment, it is inconsistent with the objectives of the B.C. *Labour Code* to start this Board down that path of overseeing, even to this limited extent, substantive discussions of the parties at the bargaining table.

The legal duty to bargain imposed by the *Labour Code* is a single, global obligation to negotiate a settlement of an entire collective agreement.

In rejecting the dichotomy, the board thereby had no option but to dismiss the union's claim of bad faith bargaining, as the union (at p. 679) "assumes that the legal duty to bargain attaches to particular topics which one party wants to place on the bargaining agenda", a proposition the board found to be "hardly tenable." In the course of reaching these conclusions, the board considered several issues touching on retired employees and the status of their benefits, the very questions at issue in the present case.

First, the board declined to rule on whether retired workers could be "employees" under the Code, finding it unnecessary to resolve that question. However, its comments on this subject suggest that it was of the view that the term "employee" could be expansively interpreted to include retired workers. The board did not need to decide the question, as it found that nothing in the *Labour Code* prohibited parties agreeing to provisions having an effect on persons not within the statutory term of "employee". In other words, unions can bargain on behalf of non-employees, including retired workers. The next issue considered by the board, which is of particular significance for the present case, was the question of vesting of retirement benefits. The employer had argued that retirement rights vested in the retired

de négocier sur cette question. L'employeur a donc préconisé l'adoption de la distinction établie aux États-Unis entre les sujets de négociation obligatoires et les sujets facultatifs, citant à l'appui l'arrêt ^a *Pittsburgh Plate Glass Co.*, précité. Toutefois, la Commission a écarté cette dichotomie, faisant observer ce qui suit, aux pp. 690 et 691:

[TRADUCTION] À notre avis, si notre Commission se mettait à surveiller, même dans cette mesure limitée, les discussions de fond entre les parties à la table de négociation, cela serait incompatible avec les objectifs du *Code du travail* de la Colombie-Britannique.

L'obligation imposée par le *Code du travail* est une obligation unique et globale de négocier l'ensemble des conditions d'une convention collective.

En écartant la dichotomie, la Commission n'avait d'autre choix que de rejeter la prétention de négociation de mauvaise foi du syndicat, puisque le syndicat (à la p. 679) [TRADUCTION] «suppose que l'obligation légale de négocier se rapporte à des sujets particuliers qu'une partie veut inscrire à l'ordre du jour des négociations», ce qui constitue une proposition que la Commission a jugée [TRADUCTION] «difficilement défendable». En tirant ces conclusions, la Commission a examiné plusieurs questions touchant les retraités et la question de leurs avantages, qui sont les questions mêmes en litige en l'espèce.

Premièrement, la Commission a refusé de statuer sur la question de savoir si les retraités pouvaient être des «employés» au sens du code, concluant qu'il n'était pas nécessaire de le faire. Toutefois, ses observations à ce sujet semblent indiquer qu'elle était d'avis que l'on pouvait donner au terme «employé» une interprétation libérale de manière à englober les retraités. La Commission n'a pas eu à trancher la question, car elle a décidé que rien dans le code du travail n'interdisait aux parties d'accepter des dispositions touchant des personnes non visées par le terme «employé» qui est utilisé dans la Loi. Autrement dit, les syndicats peuvent négocier au nom de personnes qui ne sont pas des employés, y compris les retraités. La Commission a ensuite étudié une question qui revêt une importance particulière en l'espèce, soit celle de

employee, thus disempowering the union to bargain over these benefits. The board responded in this way at p. 682:

True, the normal legal expectation is that pension benefits are vested as of a certain point in time; and that upon retirement a pensioner has a legal entitlement to his pension which cannot be touched by collective bargaining between a union and an employer. But that would appear to be the product of the typical legal arrangements for pension plans: which require the payment of the employer (and any employee) contribution into a pension trust, which in turn guarantees pension of a certain amount to retirees as beneficiaries under the trust. But the legal situation is not so clear for other kinds of contract benefits. For example, suppose a collective agreement has extended a prescription drug plan to retirees. If a government program has made that benefit redundant, and the parties want to eliminate it and put the money elsewhere, presumably they would be entitled to do so, even in respect of retirees. Undoubtedly, they would be authorized to do so . . . if they built that condition into the contract benefit right from the outset. The reason is that these benefits rest on the private collective agreement and, in the final analysis, the parties who negotiated the contract which created the benefit can also reserve to themselves the authority either to modify or to terminate the benefit. Thus if the parties to a pension plan agreement anticipate this problem, and write into their trust document their mutual authority to alter the level of benefits, one way or the other, then the legal result is that these benefits are no longer absolutely vested in the retiree.

In any event, suppose it were true that a union could not *reduce* pension benefits for retirees. The union's response might well be "So what?" The parties are still perfectly capable of bargaining for an *increase* in the benefits. Nor is it unheard of to find collective bargaining about an issue which has a statutory floor. . . . [Emphasis in original.]

l'acquisition du droit à des prestations de retraite. L'employeur avait fait valoir que le retraité avait des droits acquis en matière de retraite, ce qui privait le syndicat du droit de négocier ces avantages.

^a La Commission répond ceci, à la p. 682:

[TRADUCTION] Il est vrai qu'on s'attend normalement en droit à ce que le droit à des prestations de pension devienne acquis à une certaine date et qu'à sa retraite le pensionné ait le droit de toucher sa pension, droit que ne peuvent modifier le syndicat et l'employeur par la négociation collective. Mais il semblerait que ce soit là le résultat des dispositions juridiques typiques applicables aux régimes de retraite: l'employeur (et tous les employés) doivent contribuer à une caisse de retraite qui, en retour, garantit le versement d'une certaine somme aux retraités en leur qualité de bénéficiaires de la caisse de retraite. Mais la situation juridique n'est pas aussi claire dans le cas d'autres types d'avantages accordés par contrat. Par exemple, supposons qu'une convention collective ait offert aux retraités un régime concernant les médicaments vendus sur ordonnance. Si un programme gouvernemental a rendu cet avantage superflu et que les parties veulent le supprimer et employer les fonds autrement, elles auraient probablement le droit de le faire, même en ce qui touche les retraités. Elles seraient sans doute autorisées à le faire [. . .] si dès le début, elles avaient assorti de cette condition le droit à l'avantage accordé par le contrat. Cela s'explique par le fait que ces avantages reposent sur la convention collective privée et qu'en dernière analyse les parties qui ont négocié le contrat qui a créé l'avantage peuvent aussi se réserver le pouvoir de modifier ou de supprimer cet avantage. Par conséquent, si les parties à une convention relative à un régime de retraite prévoient ce problème et insèrent dans l'acte de fiducie une clause les autorisant mutuellement à hausser ou à baisser le niveau des avantages, alors le droit à ces avantages n'est plus, sur le plan juridique, un droit acquis absolu du retraité.

De toute façon, à supposer qu'il soit vrai qu'un syndicat ne peut pas *réduire* les prestations destinées aux retraités, celui-ci pourrait bien répondre: «Et après?» Les parties sont encore parfaitement en mesure de négocier un *accroissement* des avantages. Et il arrive aussi que la négociation collective porte sur une question à l'égard de laquelle un minimum a été établi dans la loi . . . [En italique dans l'original.]

In this comparison of pension benefits with welfare benefits for retirees, the board reached the conclusion that these benefits had an equivalent legal status as to vesting. Both could vest, depending upon the terms by which the benefit was created. Moreover, the only manner in which the benefits could be divested would be if the parties had anticipated this problem at the outset, and provided for such divesting in the terms by which the benefit is promised. This position would appear to be exactly the same as that adopted in the American cases.

Shortly after its decision in *Canadian Paperworkers*, the board returned to the question it had declined to answer there; i.e., the status of retirees as "employees" under the *Labour Code*. In *Cominco Pensioners Union and Cominco Ltd.*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 322, the board refused to certify a group of retired workers as a bargaining unit, finding that retired workers were not "employees" under the Act. The board commented at p. 329:

How does the situation of the retired worker compare to the common conception of an employee? The fact is that practically all elements of the usual employer-employee relationship are missing in the case of retired workers. As retirees, they are not paid a wage in return for current service; they are not required to perform any tasks assigned by an employer for his benefit; they are no longer subject to control or direction by the employer; and they are wholly unconcerned about such things as promotion, discipline and discharge. In short, once an employee has retired, all obligations to the employer come to an end. Conversely, for the most part, the employer's obligations end as well. There are, perhaps, a couple of exceptions: first, the employer must comply with pension arrangements or other benefits which are guaranteed by contract; secondly, recently retired workers may be entitled to a retroactive wage payment upon the execution of a new collective agreement. . . . [Emphasis added.]

In the board's view, even though retirees were no longer part of the collective bargaining process, the employer's contractual obligations to retirees

En comparant ainsi les prestations de pension et les prestations sociales destinées aux retraités, la Commission a conclu que la situation juridique de ces avantages était équivalente sur le plan des droits acquis. Dans les deux cas, il pouvait y avoir acquisition de droits tout dépendant des clauses qui les avaient créés. De surcroît, ces avantages ne pourraient cesser que si les parties ont envisagé ce problème dès le début et en ont prévu la cessation dans les clauses où ils ont été promis. Ce point de vue semblerait identique à celui adopté dans la jurisprudence américaine.

Peu après sa décision *Canadian Paperworkers*, la Commission est revenue à la question qu'elle avait refusé d'y trancher, c'est-à-dire la situation des retraités à titre d'«employés» au sens du *Code du travail*. Dans l'affaire *Cominco Pensioners Union and Cominco Ltd.*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 322, la Commission a refusé d'accréditer un groupe de retraités comme unité de négociation, concluant que les retraités n'étaient pas des «employés» au sens de la Loi. La Commission fait remarquer, à la p. 329:

[TRADUCTION] En quoi la situation d'un retraité est-elle comparable à ce qu'on entend couramment par le mot employé? Le fait est que presque tous les éléments des relations habituelles entre un employeur et ses employés sont absents dans le cas des retraités. À titre de retraités, ils ne touchent pas de rémunération en échange de services courants, ils ne sont pas tenus d'exécuter des tâches assignées par un employeur à son profit, ils ne sont plus soumis au contrôle ou à la direction de l'employeur, et ils sont tout à fait indifférents à des questions comme l'avancement, les mesures disciplinaires et le renvoi. Bref, une fois à la retraite, l'employé n'a plus aucune obligation envers l'employeur. En revanche, la plupart des obligations de l'employeur prennent fin elles aussi. Il y a peut-être deux exceptions: premièrement, l'employeur doit respecter les dispositions relatives aux pensions ou aux autres avantages qui sont garantis par contrat; deuxièmement, les personnes qui ont pris récemment leur retraite peuvent avoir droit à une augmentation de salaire rétroactive quand une nouvelle convention collective a été signée . . . [Je souligne.]

De l'avis de la Commission, même si les retraités n'étaient plus partie au processus de la négociation collective, les obligations contractuelles de l'em-

continued. This position is identical to that found in the United States cases.

One additional decision should be referred to in this context, the arbitration ruling in *Re Coulter Manufacturing Ltd.* (1972), 1 L.A.C. (2d) 426. The facts of that case are somewhat similar to those before us. There the company announced plans to phase out its operations, and, during the currency of the collective agreement, discontinued insurance benefits for retired workers. The union filed a grievance on behalf of the retired workers prior to the expiration of the agreement. As such, the case differs from the present appeal, as the employer there could not argue that the agreement had expired before the grievance was laid. However, the employer did argue that as retirees were not "employees" as defined in the collective agreement, the retirees could not benefit from the agreement, and any reference to retirees was merely (at p. 427) a "gratuitous statement of company policy." The arbitrator rejected this distinction, ruling as follows, at pp. 428-29:

Clearly, the retired employees are not employees within the strict meaning of that term. The same may of course be said of employees who are laid off for any substantial period of time. In each case, however, the question is not whether or not such a person is an employee within the strict meaning of the term (obviously he is not), but rather what are the rights which such person may have pursuant to the collective agreement. That is, the collective agreement has provided certain benefits for persons who are not in fact members of the bargaining unit at the time they seek to exercise such benefits While it may be that a question might arise as to the entitlement of a person who is no longer in the employ of the company in the strict sense of the term to avail himself of the grievance and arbitration provisions of the collective agreement . . . the trade union party to the collective agreement may certainly seek to enforce such rights on behalf of the persons entitled thereto. . . . If this were not so, then the benefits won by the union in negotiation and agreed to by the company would be illusory.

ployeur envers eux subsistaient. Ce point de vue est identique à celui qu'on trouve dans la jurisprudence américaine.

Il y a lieu de mentionner une autre décision dans ce contexte, soit la sentence arbitrale *Re Coulter Manufacturing Ltd.* (1972), 1 L.A.C. (2d) 426. Les faits y sont quelque peu semblables à ceux de l'espèce. La société a annoncé un plan de cessation progressive de ses activités et, pendant la durée de la convention collective, elle a mis fin aux avantages destinés aux retraités, au titre de l'assurance. Le syndicat a déposé un grief au nom des retraités avant l'expiration de la convention. Sous cet aspect, l'affaire diffère du présent pourvoi, car l'employeur ne pouvait pas faire valoir, dans cette affaire, que la convention avait expiré avant le dépôt du grief. Toutefois, l'employeur a soutenu que, puisque les retraités n'étaient pas des «employés» au sens de la définition donnée dans la convention collective, ils ne pouvaient pas tirer profit de la convention, et que toute mention des retraités ne représentait qu'un [TRADUCTION] «énoncé de politique gratuit de la société» (à la p. 427). L'arbitre a repoussé cette distinction en décidant ce qui suit, aux pp. 428 et 429:

[TRADUCTION] De toute évidence, les retraités ne sont pas des employés au sens strict. On peut en dire autant, bien entendu, des employés qui ont été mis à pied pour une longue période. Dans chaque cas, cependant, la question n'est pas de savoir si cette personne est un employé au sens strict (elle n'en est pas un manifestement), mais de savoir quels droits elle peut avoir en vertu de la convention collective. C'est-à-dire que la convention collective a prévu certains avantages pour des personnes qui, en fait, n'appartiennent pas à l'unité de négociation au moment où elles cherchent à se prévaloir de ces avantages. [. . .] Même s'il se peut que le droit de faire valoir les dispositions de la convention collective relatives aux griefs et à l'arbitrage soit contestable en ce qui concerne les personnes qui ne sont plus des employés de la société au sens strict, [. . .] le syndicat qui est partie à la convention collective peut certainement chercher à faire respecter ce droit au nom des personnes qui en sont titulaires. [. . .] Dans le cas contraire, les avantages gagnés par le syndicat durant les négociations et auxquels la société a consenti seraient illusoire.

In the result, the arbitrator ordered the employer to reinstate the retirement benefits, but only for the remaining term of the collective agreement. He ruled that the union had not established that the agreement contemplated the survival of retirement benefits beyond the expiration of the agreement itself. These findings are in complete accord with the *Canadian Paperworkers* decision, and with the American position.

This would appear to be the extent of the Canadian case law on point, but it does reveal a substantial similarity to the American approach to retirement benefits, despite the different legislative settings. In both countries, retired workers fall outside the bargaining unit and are thereby excluded from the collective bargaining process. In both countries, statutory vesting protections have been extended to pension plans, but not welfare plans. As in the United States, Canadian law would appear to leave the question of vested welfare benefits to be determined by the contracting parties. While the retirees are outside the collective bargaining process, unions can (and frequently do) bargain on behalf of retired workers. The United States classifies such bargaining as permissive, and the employer can refuse to discuss the question. The concept of permissive subjects of bargaining has not been adopted in Canada, but this does not affect the status of vesting. However, it was on this point that the company rested its distinction of the American cases, and I turn now to these submissions.

As I understand the company's argument, it is this: once retirees' rights have been recognized in an American collective agreement, the permissive nature of those rights renders them immune from re-negotiation in the course of reaching a new agreement. That is, if an employer attempted to negotiate for a reduction in those benefits, the union could legitimately refuse to even discuss the issue. In my view, this submission is both inaccurate and self-defeating. First, the submission overlooks the fact that ongoing bargaining over

En définitive, l'arbitre a ordonné à l'employeur de rétablir les prestations de retraite, mais seulement pour le reste de la durée de la convention collective. Il a décidé que le syndicat n'avait pas établi que la convention prévoyait que les prestations de retraite survivraient à la convention elle-même. Ces conclusions sont entièrement conformes à la décision *Canadian Paperworkers* et au point de vue américain.

Voilà donc à quoi se résume, apparemment, la jurisprudence canadienne sur ce point, mais il en ressort une similarité importante avec la façon américaine d'aborder les prestations de retraite, malgré les divergences de la législation. Dans les deux pays, les retraités ne font pas partie de l'unité de négociation et sont donc exclus du processus de la négociation collective. Dans les deux pays, les régimes de pension mais non les régimes de prestations sociales sont protégés par des dispositions législatives en matière de droits acquis. À l'instar du droit américain, le droit canadien semblerait laisser aux parties contractantes le soin de trancher la question du droit acquis à des prestations sociales. Même si les retraités sont exclus du processus de la négociation collective, les syndicats peuvent négocier en leur nom (et ils le font souvent). Aux États-Unis, ce genre de négociation est qualifié de facultatif et l'employeur peut refuser de débattre la question. La notion des sujets de négociation facultatifs n'a pas été adoptée au Canada, mais cela n'influe pas sur la question des droits acquis. Toutefois, c'est sur cette question que la société a fondé sa distinction d'avec la jurisprudence américaine et je vais maintenant examiner ces arguments.

Si je comprends bien, l'argument de la société est le suivant: une fois que des droits ont été reconnus aux retraités dans une convention collective américaine, leur caractère facultatif les soustrait à toute nouvelle négociation dans le cadre de la conclusion d'une nouvelle convention. Autrement dit, si un employeur tentait de négocier une réduction de ces avantages, le syndicat pourrait légitimement refuser de même discuter la question. À mon avis, cet argument est inexact et a un effet contraire à celui recherché. Premièrement, il ne tient pas

mandatory and permissive subjects affects only the prospective relationship between the parties—it cannot affect vested rights. It may be that from a procedural point of view retirees' benefits are paid on the basis of the arrangements in the current collective agreement, and as we have seen the parties are free to increase such benefits in their ongoing bargaining. But the retirees' substantive rights are found in the old collective agreement, and are left untouched by the ongoing bargaining between the parties. If anything, the permissive nature of retirement benefits precludes their entrenchment in ongoing bargaining—the employer can refuse to include any benefit in the current agreement, even though past agreements promise such rights. Current retirees would then lose their accrued pension benefits altogether; but the benefits of those who retired under prior collective agreements would remain untouched. Moreover, the company's argument impliedly concedes that retirement rights survive the expiration of an agreement, albeit only to be negotiated away during the next round of collective bargaining. The latter point is inaccurate, but even if it were true the result would support the union's claims in the present case. That is, under the company's approach the benefits in question would survive the expiration of the last collective agreement, pending future bargaining. But there was no such future bargain—the shutdown agreement is silent on retiree's benefits. As such, even accepting the company's thesis, it fails to carry the day.

But in my view the company's submissions are flawed. As I see it, both Canadian and American retirees enjoy a form of vesting considerably stronger than that argued by the company. Specifically, the company's distinction based on the American notion of retirement benefits as a permissive subject of bargaining is largely irrelevant to the status of vesting of retirees' benefits. Vesting

compte du fait que la négociation en cours sur les sujets obligatoires et les sujets facultatifs ne touche que les relations futures entre les parties—elle ne saurait influencer sur des droits acquis. Il se peut que, sur le plan de la procédure, les prestations de retraite soient versées conformément aux dispositions de la convention collective en vigueur et, comme nous l'avons vu, les parties sont libres d'augmenter ces prestations pendant les négociations auxquelles elles se livrent. Mais les droits substantiels des retraités sont établis dans l'ancienne convention collective et ne sont pas touchés par les négociations en cours entre les parties. Le caractère facultatif des prestations de retraite exclut plutôt leur consécration dans les négociations en cours—l'employeur peut refuser d'insérer quelque avantage que ce soit dans la convention actuelle, même si pareils droits ont été promis dans des conventions antérieures. Les personnes qui prennent leur retraite actuellement perdraient alors purement et simplement les prestations de retraite qu'ils ont accumulées, tandis que resteraient intacts les avantages de celles qui ont pris leur retraite pendant la durée des conventions collectives antérieures. En outre, l'argument de la société reconnaît implicitement que les droits des retraités survivent à la convention, encore qu'ils puissent être abolis au cours de la prochaine ronde de négociations. Cette dernière assertion est inexacte, mais même si elle était vraie, elle aurait pour résultat d'étayer les prétentions du syndicat en l'espèce. C'est-à-dire que, selon le point de vue de la société, les avantages en cause survivraient à la dernière convention collective, jusqu'aux prochaines négociations. Mais il n'y a pas eu d'autres négociations—l'accord relatif à la fermeture ne dit rien des avantages accordés aux retraités. Alors, même si on accepte sa thèse, la société n'a pas gain de cause.

Mais j'estime que les arguments de la société sont défectueux. Selon moi, les retraités canadiens et américains jouissent d'une forme de droits acquis beaucoup plus solide que celle avancée par la société. Plus précisément, la distinction établie par la société, qui est fondée sur la notion américaine selon laquelle les prestations de retraite sont des sujets de négociation facultatifs, n'a dans une

is determined by the contractual agreement between the parties, not the subsequent bargaining between them. It may well be easier for an American union to disassociate itself from an employer's attempt to strip away vested retirement benefits. ^a The union can refuse to bargain on that permissive subject, and indeed in some contexts the union could insist upon retirees having independent representation before agreeing to a collective agreement purporting to divest benefits; see *Century Brass Products, Inc. v. U.A.W.*, 795 F.2d 265 (2nd Cir. 1986). But this advantage is, in practical terms, slight. Vested rights are protected by the right to grieve the expired collective agreement, ^b not by control over the subsequent bargaining process. In any event the right to refuse to bargain on an issue is somewhat illusory, as the other party can insist on bargaining on a permissive subject so long as it is not the sole cause of a bargaining ^c impasse; see *Philip Carey Mfg. Co. v. N.L.R.B.*, 331 F.2d 720 (6th Cir. 1964), *certiorari* denied, 379 U.S. 888 (1964).

The practical insignificance of the American dichotomy to the question of vesting was noted in the *Canadian Paperworkers* decision, *supra*. After discussing the question of whether such benefits ^d were a "mandatory" or "permissive" subject for bargaining, the board commented as follows, at pp. 679-80:

Our second observation is that the choice between these two legal characterizations of the issue of retiree pensions may not make that much practical difference in the long run. . . . [The union] admits that even if the [employer] is bound to bargain about the subject, it certainly is not required to agree. The [employer] could ^e listen politely to the proposals made by the [union] and say: we are sorry but it is a matter of principle with us that this subject should not be part of the collective agreement, and we are not prepared to pursue the matter further. In that case, the [union] admits that it could not ^f lodge a valid complaint with the Labour Board and

large mesure rien à voir avec la question des droits acquis en matière d'avantages accordés aux retraités. L'acquisition de droits est fonction de la convention contractuelle conclue par les parties et ^a non des négociations ultérieures auxquelles elles se sont livrées. Il se peut bien qu'il soit plus facile pour un syndicat américain de se dissocier de la tentative d'un employeur d'abolir des droits acquis en matière de prestations de retraite. Le syndicat ^b peut refuser de négocier sur ce sujet facultatif et, en fait, le syndicat pourrait insister, dans certains contextes, pour que les retraités soient représentés par un agent indépendant avant d'accepter une convention collective ayant pour effet de mettre fin ^c à des avantages; voir *Century Brass Products, Inc. c. U.A.W.*, 795 F.2d 265 (2nd Cir. 1986). Mais c'est un avantage qui est, en pratique, tenu. Les droits acquis sont protégés par le droit de déposer ^d un grief relatif à la convention collective expirée, et non par un droit de regard sur le processus de négociation ultérieur. De toute façon, le droit de refuser de négocier sur une question est quelque peu illusoire, car l'autre partie peut insister pour ^e négocier sur un sujet facultatif, pourvu que ce ne soit pas la seule cause d'une impasse dans les négociations; voir *Philip Carey Mfg. Co. c. N.L.R.B.*, 331 F.2d 720 (6th Cir. 1964), *certiorari* refusé, 379 U.S. 888 (1964).

Le fait que la dichotomie américaine n'a pas d'importance pratique quant à la question des droits acquis a été souligné dans la décision *Canadian Paperworkers*, précitée. Après avoir étudié la question de savoir si de tels avantages étaient un ^f sujet de négociation «obligatoire» ou «facultatif», la Commission fait remarquer ce qui suit, aux pp. 679 et 680:

[TRADUCTION] En deuxième lieu, nous ferons remarquer que le choix entre ces deux qualifications juridiques de la question des pensions de retraite peut ne pas changer grand-chose en pratique à long terme. [. . .] ^g [Le syndicat] admet que même si [l'employeur] est tenu de négocier sur le sujet, il n'est certainement pas obligé de conclure un accord. [L'employeur] peut écouter poliment les propositions du [syndicat] et dire: désolé, mais nous estimons en principe que ce sujet ne devrait pas faire partie de la convention collective et nous ne sommes pas disposés à en discuter davantage. En pareil ^h cas, le [syndicat] admet qu'il ne pourrait pas déposer

instead would have to take strike action to try to change the [employer's] mind. Here the [employer] would respond with the proposition that the Union could not strike solely about such a "permissive" issue in negotiations. But again the [employer] admits that an astute union could easily save one or two "mandatory" items, strike about all of them, and agree only to a memorandum of settlement which has acceptable terms on each of the items, retiree benefits included.

The board thus concluded that "the legal label might not ultimately make that much practical difference". However, as noted earlier, the board explicitly declined to adopt the American dichotomy.

The company argues that the permissive nature of retirement benefits was a key feature of the reasoning of the Sixth Circuit Court of Appeals in *Yard-Man*. However, as the excerpts cited earlier reveal, the fact that retirement benefits are permissive subjects for bargaining was referred to by the court as a mere contextual factor to aid in the interpretation of the collective agreement. The court's point was simply that one could infer an intention to vest benefits, as the retirees would not have wanted their benefits to depend upon the goodwill of the parties during future collective bargaining. That is, if retirement benefits had not been promised in a vested form, then the retirees' ongoing benefits would have been dependant upon each successive agreement containing the promise to pay all retirees' benefits for the term of that collective agreement, and this uncertainty would have been unacceptable to the retiring workers. It seems to me that the same argument can be made in Canada: it has little to do with the dichotomy between permissive and mandatory subjects, and has everything to do with the realities of collective bargaining in both countries. As we have seen, this "inferred" intention to vest has been the most controversial element of the *Yard-Man* case. However, it seems to me that such an inference, as one measure of the context in which bargaining took place between the parties, is a useful tool that can be employed by arbitrators in Canada on a case-by-

une plainte valide devant la Commission des relations de travail et qu'il devrait plutôt déclencher une grève afin d'amener [l'employeur] à changer d'avis. [L'employeur] répondrait alors que le syndicat ne pouvait pas faire la grève à l'égard seulement d'un tel sujet de négociation «facultatif». Mais encore une fois, [l'employeur] admet qu'un syndicat astucieux pourrait facilement mettre en réserve un ou deux sujets «obligatoires», déclencher une grève fondée sur tous ces sujets et ne souscrire qu'à un protocole d'entente qui renferme des conditions acceptables relativement à chacun des sujets, dont les avantages destinés aux retraités.

La Commission conclut ainsi que [TRADUCTION] «la qualification juridique pourrait, en fin de compte, ne pas avoir autant d'importance pratique». Toutefois, comme je l'ai déjà souligné, la Commission a refusé explicitement d'adopter la dichotomie américaine.

La société soutient que la nature facultative des prestations de retraite était une caractéristique essentielle du raisonnement de la cour d'appel du sixième circuit dans l'arrêt *Yard-Man*. Toutefois, comme il ressort des passages cités plus haut, la cour a mentionné le fait que les prestations de retraite sont des sujets de négociation facultatifs simplement pour montrer le contexte dont elle devait tenir compte pour interpréter la convention collective. La cour a simplement fait remarquer que l'on pouvait inférer l'intention que des avantages soient acquis, parce que les retraités n'auraient pas voulu que leurs avantages dépendent de la bonne volonté des parties lors de négociations collectives ultérieures. Autrement dit, si des prestations de retraite n'avaient pas été promises, sous forme de droits acquis, le droit des retraités de continuer de recevoir ces prestations aurait été subordonné à l'incorporation dans chaque convention ultérieure de la promesse de verser toutes les prestations de retraite pendant la durée de cette convention; il s'agit là d'une incertitude que les retraités auraient jugée inacceptable. Il me semble qu'on peut avancer le même argument au Canada: cela n'a pas grand-chose à voir avec la dichotomie entre les sujets obligatoires et les sujets facultatifs et a tout à voir avec les réalités de la négociation collective dans les deux pays. Comme nous l'avons vu, cette intention «inférée» que des avantages soient acquis a été l'élément le plus contro-

case basis. In that respect, I would endorse the middle-of-the-road approach suggested by the Fifth Circuit in *Champion International Corp.*, *supra*.

I turn now to the one area in which there may be a crucial difference in the nature (but not the existence) of vested retirement benefits in Ontario as compared to the United States. This is the range of remedial choices available to individual retired workers. In the United States there is an independent right to sue in a court of law when benefits promised in a collective agreement are withdrawn, even if that withdrawal occurs pursuant to a new collective agreement between management and labour. As well, retired workers, although no longer part of the bargaining unit, can bring an unfair representation complaint against a union that fails to consider the interests of retired workers during the course of bargaining. In Canada, it is unclear whether either of these routes is open to retired workers, who may be completely reliant upon their former bargaining agent to bring a grievance on their behalf when an employer unilaterally revokes vested benefits. And the grievance route may be foreclosed, as the union may be unwilling to grieve the issue on behalf of the retirees. This may arise because of an inevitable conflict of interest facing the union. If it were successful in grieving under an old collective agreement on behalf of retired workers, the employer would face increased overall labour costs, perhaps leading to harder bargaining over current employees' compensation. The union may well be reluctant to carry forward a grievance on behalf of retirees, as success on that front might well be contrary to the interests of current members of the bargaining unit.

In these circumstances, Canadian retirees may well find themselves in possession of a right without a remedy. The grievance procedure may be

versé de l'arrêt *Yard-Man*. Toutefois, il me semble qu'une telle inférence, comme moyen d'apprécier le contexte dans lequel les parties ont négocié, est un outil utile que les arbitres peuvent utiliser au Canada de façon ponctuelle. À cet égard, je ferais mienne la solution de compromis proposée par la cour du cinquième circuit dans l'arrêt *Champion International Corp.*, précité.

^a J'arrive maintenant au seul domaine où il peut y avoir une différence cruciale dans la nature (mais non l'existence) du droit acquis à des prestations de retraite en Ontario et aux États-Unis. Il s'agit de la gamme de recours dont disposent les retraités pris individuellement. Aux États-Unis, il existe un droit indépendant d'intenter une action en justice lorsque les avantages promis dans une convention collective sont retirés, même si ce retrait est effectué conformément à une nouvelle convention collective conclue entre la direction et les employés. De même, bien qu'ils n'appartiennent plus à l'unité de négociation, les retraités peuvent déposer une plainte de représentation inéquitable contre le syndicat qui négocie sans tenir compte de leurs intérêts. Au Canada, il n'est pas certain que l'une ou l'autre de ces voies s'offrent aux retraités qui peuvent être dans une situation où ils doivent compter entièrement sur leur ancien agent négociateur pour déposer un grief en leur nom quand leur employeur révoque unilatéralement des avantages acquis. Le grief peut leur être interdit si le syndicat refuse de déposer un grief en leur nom, ce qui risque de se produire car le syndicat fait face à un inévitable conflit d'intérêts. S'il avait gain de cause à la suite d'un grief déposé, au nom des retraités, sous le régime d'une ancienne convention collective, l'employeur verrait une augmentation du coût global de la main-d'œuvre, qui entraînerait peut-être des négociations plus difficiles concernant la rémunération des employés actuels. Il se peut bien que le syndicat hésite à faire valoir un grief au nom des retraités, car le succès sur ce front pourrait bien nuire aux intérêts des membres actuels de l'unité de négociation.

Dans ces circonstances, il est bien possible que les retraités canadiens se trouvent en possession d'un droit qu'ils ne peuvent faire exécuter. La pro-

foreclosed, as described above. Retirees may not be entitled to bring a claim against the union for unfair representation, as such rights in Ontario appear to be limited to current members of the bargaining unit: see s. 68 of the Act. Finally, Ontario's *Rights of Labour Act*, R.S.O. 1980, c. 456, s. 3(3), and like provisions in other jurisdictions, may foreclose the possibility of a court action by the retirees; see Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. 1993), at §§ 7.40-7.90. This problem does not arise in this case, as the union here did pursue a grievance on behalf of the retired workers. But in another case it seems to me that such a remedial vacuum, arising because the retirees are not party to the arbitration procedures guaranteed by the Act, may possibly be justification for allowing a court action to proceed; see *St. Anne-Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219* (1982), 142 D.L.R. (3d) 678 (N.B.C.A.), at pp. 686 and 691; and see [1986] 1 S.C.R. 704, at pp. 713 and 721. Indeed, counsel for the company submitted that a court action was not only possible, but that the courts were the only forum available to these retirees. But this submission was made in passing, and was not developed in argument. As such I do not propose to go into the issue, except to say that it would appear to be irrelevant in this case. Assuming a court action is available, I know of no reason or authority that would preclude arbitration as an alternative forum for the retirees.

There may, as well, be other means by which retirees could surmount the remedial roadblocks that appear to face them. The term "employee" in the Act may well encompass retired workers in some contexts, thereby allowing retirees to take advantage of the Act's fair representation provisions. Finally, there is a possibility that the relationship between retired members of a bargaining unit and the bargaining agent for that unit is fiduciary in nature. If a union failed to consider the interests of retirees during collective bargaining, or refused to process a grievance on behalf of

cédure des griefs peut leur être interdite, comme nous l'avons déjà vu. Les retraités risquent de ne pas avoir le droit de porter contre le syndicat une plainte de représentation inéquitable, puisque ce droit semble être réservé, en Ontario, aux membres actuels de l'unité de négociation: voir l'art. 68 de la Loi. Enfin, le par. 3(3) de la *Loi sur les droits syndicaux* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 456, et des dispositions analogues dans d'autres ressorts peuvent écarter la possibilité pour les retraités d'intenter une action en justice; voir Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. 1993), aux §§ 7.40 à 7.90. Ce problème ne se pose pas en l'espèce, car le syndicat a déposé un grief au nom des retraités. Mais il me semble que, dans une autre affaire, une telle absence de recours, qui découle du fait que les retraités ne sont pas parties aux procédures d'arbitrage garanties par la Loi, pourrait justifier l'autorisation d'intenter une action en justice; voir *St. Anne-Nackawic Pulp & Paper Co. c. Canadian Paper Workers Union, Local 219* (1982), 142 D.L.R. (3d) 678 (C.A.N.-B.), aux pp. 686 et 691, et voir [1986] 1 R.C.S. 704, aux pp. 713 et 721. En fait, l'avocat de la société a affirmé qu'une action en justice était non seulement possible, mais encore que les tribunaux judiciaires étaient la seule tribune à laquelle pouvaient recourir ces retraités. Mais cet argument a été avancé en passant et n'a pas été développé durant les plaidoiries. Je ne compte donc pas examiner cette question, sauf pour dire qu'elle semblerait non pertinente en l'espèce. À supposer qu'une action en justice soit possible, je ne vois aucune raison d'exclure l'arbitrage comme solution de rechange pour les retraités, ni aucun précédent qui justifie de le faire.

Les retraités peuvent aussi recourir à d'autres moyens pour surmonter les obstacles qui semblent les empêcher d'obtenir réparation. Le terme «employé» utilisé dans la Loi peut englober les retraités dans certains contextes, leur permettant ainsi de tirer profit des dispositions de la Loi relatives à la représentation équitable. Finalement, il est possible que les rapports entre les membres retraités d'une unité de négociation et l'agent négociateur de cette unité soient de nature fiduciare. Si le syndicat n'a pas tenu compte des intérêts des retraités pendant les négociations collec-

those retirees, such conduct might form the basis of a claim for breach of fiduciary duty.

To summarize, I am of the view that retirement rights can, if contemplated by the terms of a collective agreement, survive the expiration of that agreement. Moreover, although it is not strictly necessary to decide the point in this appeal, I would also find that these surviving rights vest at the time of retirement, and would survive subsequent collective bargaining that purported to divest such rights. As such, I have concluded that the arbitrator's general propositions in this respect were correctly stated, and the arbitrator had jurisdiction to hear the union's grievance. Of course, I make no comment on whether the terms of the agreement between the company and the union do in fact create such a vested right. That is a question for the arbitrator to decide when the arbitration hearing proceeds on the merits.

The Cross-Appeal

The union sought to cross-appeal that portion of the Court of Appeal's order directing that the arbitration proceed before a different arbitrator. That order was made at the request of the company, and in the belief that the arbitrator had in effect prejudged the merits of the case in the course of determining his jurisdiction. In written submissions, the company argued that the cross-appeal should be rejected because the union did not seek leave to cross-appeal, as required by s. 29(2) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, as am. by SOR/88-247. Moreover, the company stands by the merits of the decision of the court below, arguing that the present arbitrator is biased with respect to the merits of the arbitration and should not be allowed to continue. The cross-appeal was not argued during oral submissions to this Court, and in the absence of an order granting leave to cross-appeal the issue was not properly before us. As such, without commenting on the merits of the

tives, ou s'il a refusé de se charger d'un grief au nom de ces retraités, pareille conduite pourrait justifier une plainte pour manquement à une obligation fiduciaire.

a

En résumé, je suis d'avis que les droits accordés aux retraités peuvent, si les conditions d'une convention collective le stipulent, survivre à cette convention. De plus, quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de statuer sur ce point dans le présent pourvoi, je conclurais que ces droits subsistants deviennent acquis à la date où l'employé prend sa retraite et qu'ils survivraient à toutes négociations collectives subséquentes qui auraient pour objet de les faire cesser. J'ai conclu ainsi que les propositions générales de l'arbitre à cet égard étaient exemptes d'erreur et que l'arbitre était compétent pour entendre le grief du syndicat. Bien entendu, je ne ferai aucune observation sur la question de savoir si les conditions de la convention conclue entre la société et le syndicat créent effectivement un tel droit acquis. C'est à l'arbitre qu'il appartient de trancher cette question au moment où l'audience d'arbitrage porte sur le fond.

b

c

d

e

Le pourvoi incident

f

Le syndicat a formé un pourvoi incident contre la partie de l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant de confier l'arbitrage à un arbitre différent. Cette ordonnance a été rendue à la demande de la société parce qu'on croyait que l'arbitre avait préjugé du fond de l'affaire en statuant sur sa compétence. Dans son mémoire, la société a soutenu qu'il y avait lieu de rejeter le pourvoi incident parce que le syndicat n'avait pas demandé l'autorisation de le former, prévue au par. 29(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, mod. par DORS/88-247. De plus, la société affirme que l'arrêt de la Cour d'appel est bien fondé, soutenant que l'arbitre actuel a un parti pris relativement au bien-fondé de l'arbitrage et qu'il ne devrait pas être autorisé à le poursuivre. Le pourvoi incident n'a pas été débattu durant les plaidoiries devant notre Cour et, en l'absence d'une ordonnance accordant l'autorisation de former un pourvoi incident, nous n'avons pas été saisis régulièrement de

g

h

i

j

issue, it is not open to me to consider the cross-appeal.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs in this Court and in the courts below. I would also dismiss the cross-appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I am in substantial agreement with the excellent reasons of Justice La Forest and would dispose of the appeal in the same manner that he has suggested. To some degree we differ on the approach that should be taken by the courts in reviewing the decisions of boards, tribunals and arbitrators acting in the field of labour relations.

This appeal arises from a difference of opinion between labour and management as to the nature and extent of pension rights of former employees. The union supports the position of the former employees and management takes a contrary view.

Unresolved disputes fester and spread the infection of discontent. They cry out for resolution. Disputes in the field of labour relations are particularly sensitive. Work is an essential ingredient in the lives of most Canadians. Labour disputes deal with a wide variety of work related problems. They pertain to wages and benefits, to working conditions, hours of work, overtime, job classification and seniority. Many of the issues are emotional and volatile. If these disputes are not resolved quickly and finally they can lead to frustration, hostility and violence. Both the members of the work force and management have every right to expect that their differences will be, as they should, settled expeditiously. Further, the provision of goods and services in our complex society can be seriously disrupted by long running labour disputes and strikes. Thus society as a

la question. Alors, sans formuler des observations sur le fond de la question, il ne m'est pas loisible d'examiner le pourvoi incident.

^a Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

^b Version française des motifs rendus par

^c LE JUGE CORY—Je suis d'accord, pour l'essentiel, avec les excellents motifs de jugement du juge La Forest et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière qu'il propose. Dans une certaine mesure, nous ne sommes pas d'accord quant à la position qui devrait être adoptée en matière de contrôle judiciaire des décisions des commissions, tribunaux et arbitres qui œuvrent dans le domaine des relations du travail.

^d Le présent pourvoi découle d'une divergence d'opinions entre un syndicat et la direction quant à la nature et à la portée des droits en matière de pension d'anciens employés. Le syndicat appuie la position des anciens employés et la direction adopte un point de vue contraire.

^e Les conflits non réglés s'enveniment et répandent le mécontentement. Il faut à tout prix les résoudre. Les conflits dans le domaine des relations du travail sont particulièrement délicats. Le travail constitue un élément essentiel de la vie de la plupart des Canadiens. Les conflits de travail portent sur une vaste gamme de problèmes liés au travail. Ils concernent la rémunération et les avantages sociaux, les conditions de travail, les heures de travail, le temps supplémentaire, la classification des postes et l'ancienneté. Un grand nombre de questions soulèvent les passions et sont explosives. Si ces conflits ne sont pas réglés rapidement et de façon définitive, ils peuvent entraîner frustration, hostilité et violence. Les travailleurs et la direction ont tous deux le droit de s'attendre à ce que leurs différends soient, comme il se doit, réglés de manière expéditive. En outre, la fourniture de biens et services dans notre société complexe peut être gravement perturbée par des con-

whole, as well as the parties, has an interest in their prompt resolution.

Legislators have recognized the importance of speedy determination of labour disputes. By the enactment of labour codes they have sought to provide a mechanism for a fair, just and speedy conclusion of the issues. The legislators have gone further and attempted to insulate the decisions of the various labour boards, tribunals and arbitrators from review by the courts. In earlier times, the courts resisted legislative attempts to restrict their ability to review the decisions of various labour boards. However, over a period of time they have accepted the vital importance of labour tribunals and adopted a more restrained approach in reviewing their decisions.

The Basis for the Courts' Review of a Decision of a Labour Tribunal or Arbitrator

Despite the recognition of the importance and reliability of the decisions of labour boards and arbitrators, the courts must retain the ability to review their decisions. In broad terms the review can be founded on any one of the following bases:

- (1) if, during the course of its proceedings, the tribunal has failed to provide procedural fairness the court may intervene;
- (2) if the tribunal exceeded the bounds of the jurisdiction conferred upon it by its enabling legislation intervention by the court will be appropriate;
- (3) if the tribunal acted within the purview of its enabling legislation but rendered a decision that is patently unreasonable the court may intervene.

In this case there is no suggestion that there was any lack of procedural fairness. Rather the issue on this appeal is whether the arbitrator acted within the bounds of jurisdiction conferred upon him by the empowering legislation.

flits et des grèves qui s'éternisent. Par conséquent, la société dans son ensemble, tout comme les parties, a intérêt à ce qu'ils soient réglés rapidement.

Les législateurs ont reconnu l'importance du règlement rapide des conflits de travail. Par l'adoption de codes du travail, ils ont cherché à établir un mécanisme de règlement équitable, juste et rapide des questions litigieuses. Les législateurs sont allés plus loin et ont tenté de soustraire au contrôle judiciaire les décisions des divers tribunaux, arbitres et commissions qui œuvrent dans le domaine des relations du travail. Au début, les cours de justice ont résisté aux tentatives du législateur de restreindre leur capacité de contrôler les décisions des diverses commissions des relations du travail. Toutefois, après un certain temps, elles ont reconnu l'importance vitale des tribunaux du travail et ont fait preuve de plus de retenue dans le contrôle de leurs décisions.

Le fondement du contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal du travail ou d'un arbitre

Malgré la reconnaissance de l'importance et de la fiabilité des décisions des commissions des relations du travail et des arbitres, les cours de justice doivent conserver le pouvoir de contrôler ces décisions. De manière générale, le contrôle peut se justifier par l'un des motifs suivants:

- 1) si, au cours de l'instance, le tribunal n'a pas assuré l'équité en matière de procédure, la cour peut intervenir;
- 2) si le tribunal a outrepassé les limites de la compétence qui lui a été conférée par sa loi habilitante, l'intervention de la cour est appropriée;
- 3) si le tribunal a agi conformément à sa loi habilitante mais a rendu une décision manifestement déraisonnable, la cour peut intervenir.

En l'espèce, on ne prétend pas qu'il y avait absence d'équité en matière de procédure. La question soulevée dans le présent pourvoi est plutôt de savoir si l'arbitre a agi dans les limites de la compétence qui lui a été conférée par la loi habilitante.

An arbitrator must be correct in his or her decision as to whether or not he or she had jurisdiction to resolve the question before him or her. If the arbitrator erred then the court must intervene. The manner in which the courts should approach this question is set out in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. There it was explained that the court must review a number of factors in determining the standard of deference to be accorded to an administrative decision maker. At page 1088 Beetz J. wrote:

... the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

Did the Arbitrator Act Within the Bounds of the Jurisdiction Conferred upon Him by his Enabling Statute?

In this case, the appellant objected to the grievance brought by the union. It took the position that there was no longer a collective bargaining agreement in place when the grievance was launched. It was contended that in the absence of a current collective agreement there was no other basis upon which the employer's obligation could be based. In the absence of a current collective agreement dealing with the pension issue, it was said that the arbitrator had no jurisdiction to consider the question. It was on this initial objection of the appellant's that the arbitrator had to rule.

There can be no question that the appellant's objection required the arbitrator to address the issue raised on this appeal. Namely, did he have jurisdiction to consider the rights of retired workers which arose from a collective bargaining agreement that had expired. Since the objection questioned the arbitrator's jurisdiction his ruling with regard to it had to be correct. I agree with La Forest J. that in this case the arbitrator was correct in concluding that he had jurisdiction to deal with the question put to him.

L'arbitre doit juger correctement s'il est compétent pour trancher la question dont il est saisi. Si l'arbitre a commis une erreur, alors la cour doit intervenir. La manière dont les cours de justice devraient aborder cette question est exposée dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Dans cette affaire, on a expliqué que la cour doit examiner un certain nombre de facteurs pour déterminer la norme de retenue dont il faut faire preuve à l'égard d'une instance décisionnelle administrative. À la page 1088, le juge Beetz écrit:

... la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

L'arbitre a-t-il agi dans les limites de la compétence qui lui a été conférée par sa loi habilitante?

En l'espèce, l'appelante s'est opposée au grief présenté par le syndicat. Elle a adopté le point de vue selon lequel il n'y avait plus de convention collective en vigueur au moment où le grief a été déposé. Elle a soutenu qu'en l'absence d'une convention collective en vigueur rien d'autre ne justifiait l'obligation de l'employeur. On a dit qu'en l'absence d'une convention collective en vigueur traitant de la question des pensions, l'arbitre n'avait pas compétence pour examiner ce point. C'est sur cette objection initiale de l'appelante que l'arbitre devait se prononcer.

Il ne peut y avoir de doute que l'objection de l'appelante obligeait l'arbitre à aborder la question soulevée en l'espèce, qui était de savoir s'il avait compétence pour examiner les droits de travailleurs retraités qui découlaient d'une convention collective échue. Étant donné que, dans cette objection, on mettait en doute la compétence de l'arbitre, sa décision à cet égard ne devait comporter aucune erreur. Je conviens avec le juge La Forest que, dans cette affaire, l'arbitre a eu raison de conclure qu'il avait compétence pour examiner la question dont il était saisi.

The Approach that Should be Taken to the Decision of the Tribunal or Arbitrator on the Merits.

This case turns on the issue of whether the arbitrator had jurisdiction to consider the pension question that was put before him. It is therefore not necessary for the resolution of this appeal to consider the standard of review by the courts of an arbitrator's decision on the merits. However, this matter has been considered at length by my colleague La Forest J. and it is for that reason that I will make the following very brief remarks concerning that issue.

Once it has been determined that a tribunal was correct in concluding that the issue to be decided was properly before it according to its enabling legislation, then a court can only intervene if the decision reached was patently unreasonable. It was in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("CUPE") that this high standard of curial deference to decisions of labour tribunals was established. Since then it has always been maintained by this court.

Further, that same deference has been accorded not only to labour tribunals and boards but also to arbitrators acting in the same field. In *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178, it was held that the same high standard of curial deference should be applied to decisions of arbitrators. Pigeon J. writing for the majority (Martland, Ritchie, Beetz and Pratte JJ. concurring) summarized his position at p. 213 in these words:

... the question is not whether the construction reached is the correct one in the view of the Court, but whether it is one which the agreement would reasonably bear. In my view judged by this standard, the construction of the agreement adopted by the Arbitrator cannot be rejected.

He went on to say at p. 214:

On a grievance under a collective labour agreement, the grievor does not *choose* arbitration, he has no other

La façon dont il y a lieu d'aborder la décision du tribunal ou de l'arbitre sur le fond

L'issue de la présente affaire dépend de la question de savoir si l'arbitre avait compétence pour examiner le problème de pension qui lui avait été soumis. Il n'est donc pas nécessaire, pour trancher ce pourvoi, d'examiner la norme qui s'applique au contrôle par les cours de justice de la décision d'un arbitre sur le fond. Toutefois, comme cette question a été examinée en détail par mon collègue le juge La Forest, je vais formuler, à ce sujet, les très brèves observations suivantes.

Dès qu'on détermine qu'un tribunal administratif a eu raison de conclure que la question à trancher lui a été régulièrement soumise selon sa loi habilitante, une cour de justice ne peut alors intervenir que si la décision rendue est manifestement déraisonnable. Cette norme stricte de retenue judiciaire à l'égard des décisions des tribunaux du travail a été établie 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 («SCFP»). Depuis lors, notre Cour l'a toujours confirmée.

En outre, on a fait preuve de la même retenue non seulement envers les tribunaux du travail et les commissions des relations du travail mais également envers les arbitres qui œuvrent dans le même domaine. Dans l'arrêt *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, on a conclu qu'il y avait lieu d'appliquer la même norme stricte de retenue judiciaire aux décisions d'arbitres. Le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la majorité et à l'opinion duquel ont souscrit les juges Martland, Ritchie, Beetz et Pratte, résume ainsi sa position, à la p. 213:

... la question n'est pas de savoir si aux yeux de la Cour l'interprétation donnée est correcte, mais plutôt si c'est une interprétation que peut raisonnablement recevoir la convention. J'estime que si l'on juge d'après cette norme l'interprétation de la convention faite par l'arbitre, elle ne peut être rejetée.

Il ajoute, à la p. 214:

Quand il présente un grief en vertu d'une convention collective de travail, le réclamant ne *choisit* pas l'arbi-

remedy. The other party has no choice either but to submit to his obligation to allow the grievance to be arbitrated. On the other hand, the arbitration is not meant to be an additional step before the matter goes before the courts, the decision is meant to be final. It is therefore imperative that decisions on the construction of a collective agreement not be approached by asking how the Court would decide the point but by asking whether it is a "patently unreasonable" interpretation of the agreement. [Emphasis by underlining added.]

In *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 S.C.R. 74, Chouinard J., writing for the court, without citing *CUPE, supra*, emphasized the deference that should be given to an arbitrator's decision concerning a collective bargaining agreement. He relied, *inter alia*, on the reasons of Dickson J., as he then was, in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768. At pages 80-81 he wrote:

In *Heustis* . . . Dickson J. . . . wrote at pp. 781-82:

There is a very good policy reason for judicial restraint in fettering adjudicators in the exercise of remedial powers. The whole purpose in establishing a system of grievance adjudication under the Act is to secure prompt, final, and binding settlement of disputes arising out of interpretation or application of the collective agreement, or disciplinary action taken by the employer, all to the end that industrial peace may be maintained.

It is only where the decision of the arbitrator constitutes an abuse of power amounting to fraud and capable of producing a flagrant injustice that the courts may intervene in a case such as the one at bar.

It is particularly appropriate that this high standard of deference should be applied to administrative decisions made in the field of labour relations, whether they be made by tribunals, boards or arbitrators. In this volatile and sensitive field, the decision of either an arbitrator selected by the parties or of a labour board, which is often composed of

trage, il n'a pas d'autre recours. L'autre partie n'a pas de choix non plus, elle doit exécuter son obligation de laisser le grief aller à l'arbitrage. Par ailleurs, l'arbitrage n'est pas prescrit comme une étape préalable à la présentation de la question aux tribunaux, on veut que la décision soit finale. Il est donc impératif de ne pas aborder les décisions sur l'interprétation des conventions collectives en se demandant comment la Cour trancherait la question, mais en se demandant s'il s'agit d'une interprétation [TRADUCTION] «manifestement déraisonnable» de la convention. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74, le juge Chouinard, s'exprimant au nom de la Cour, sans citer l'arrêt *SCFP*, précité, souligné la retenue dont il y a lieu de faire preuve à l'égard de la décision d'un arbitre concernant une convention collective. Il s'est fondé notamment sur les motifs du juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans l'arrêt *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768. Voici ce qu'il écrit, aux pp. 80 et 81:

Dans *Heustis* [...] le juge Dickson [...] écrit aux pp. 781 et 782:

Une très bonne raison de principe explique l'hésitation judiciaire à contrôler les arbitres dans l'exercice de leurs pouvoirs. Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix.

Ce n'est que dans le cas où la décision de l'arbitre constitue un abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante qu'il y a lieu à intervention judiciaire dans une affaire telle la présente.

Il convient particulièrement d'appliquer cette norme stricte de retenue aux décisions administratives rendues dans le domaine des relations du travail, par des tribunaux, des commissions ou des arbitres. Dans ce domaine explosif et délicat, la décision d'un arbitre choisi par les parties ou celle d'une commission des relations du travail qui est

representatives of both labour and management with wide experience in the field, should be final and binding unless the decision is indeed patently unreasonable.

My colleague in his reasons, has contrasted language such as "final and conclusive", which he would interpret as being privative and thus warranting deference, with "final and binding" which words he describes as having a "less privative effect". I cannot agree with this approach. To open the way to many and varied judicial interpretations of the words of any privative clause as to whether it was more or less privative in nature can do little but encourage a proliferation of litigation and interminably delay a final resolution. It would defeat the aim of the legislators who no matter what the words chosen, whether they be "final and binding" or "final and conclusive", were seeking to have the courts refrain from interfering with the decisions of the statutory labour boards or tribunals. Indeed, the speedy and final resolution of these disputes should be the paramount concern. That restraint would, of course, be subject to the right and obligation of the courts to review these decision on any of the three fundamental bases outlined earlier.

There is another aspect that should be recognized. It is not unusual for executives of a union who have no formal legal training to review decisions of tribunals, boards or arbitrators so that union members can be advised of the decision and whether it may be reviewed by the courts. Both the union executive, acting on behalf of the employee, and management should know the rules pertaining to court review. Those rules should be simple, straightforward and easy to follow.

The three basic grounds for judicial review provide protection for the parties from decisions made without jurisdiction, from patently unreasonable decisions and from failure to provide procedural fairness. Yet, as a general rule, they would allow the whole system for the resolution of labour dis-

souvent composée de représentants du syndicat et de l'employeur qui ont une vaste expérience dans le domaine, devrait être finale et exécutoire à moins d'être vraiment manifestement déraisonnable.

Dans ses motifs, mon collègue a opposé le terme «définitives», qu'il interprète comme ayant un effet privatif et par conséquent justifiant la retenue, à l'expression «a force de chose jugée et lie les parties» qu'il décrit comme ayant un «effet moins privatif». Je ne puis souscrire à ce point de vue. Ouvrir la porte à de nombreuses et diverses interprétations judiciaires des termes d'une clause privative pour déterminer si elle a une nature plus ou moins privative ne peut qu'encourager une prolifération de litiges et retarder interminablement le règlement final. Cela irait à l'encontre du but des législateurs qui, peu importe qu'ils aient choisi les termes «a[yant] force de chose jugée et li[ant] les parties» ou «définitives», tentaient d'empêcher les tribunaux de modifier les décisions des commissions des relations du travail ou des tribunaux du travail créés par la loi. En fait, le règlement rapide et final de ces litiges devrait être la préoccupation majeure. Cette restriction serait évidemment assujettie au droit et à l'obligation des tribunaux judiciaires de contrôler ces décisions pour l'un ou l'autre des trois motifs déjà exposés.

Il y a lieu de souligner un autre aspect. Il n'est pas inhabituel que les dirigeants d'un syndicat qui n'ont aucune formation juridique officielle examinent les décisions de tribunaux, commissions ou arbitres afin de pouvoir en aviser les syndiqués et que ceux-ci sachent si elles peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Les dirigeants syndicaux qui agissent pour le compte des employés et l'employeur devraient connaître les règles applicables au contrôle judiciaire. Ces règles devraient être simples, directes et faciles à suivre.

Les trois justifications fondamentales du contrôle judiciaire protègent les parties contre les décisions rendues en l'absence de compétence, contre les décisions manifestement déraisonnables et contre le défaut d'assurer l'équité en matière de procédure. Pourtant, en règle générale, ils permettraient

putes to function expeditiously, simply and as inexpensively as possible.

In the instant decision the arbitrator concluded that he had jurisdiction to deal with the issue but he did not deal with the merits. If he had, since he was correct in determining that he had acted within the scope of the jurisdiction conferred upon him by the statute, then it would have been necessary to determine whether his decision was patently unreasonable. Only had his decision been patently unreasonable could a court have intervened.

Disposition

The arbitrator was correct and acted within the powers conferred upon him by the enabling legislation when he concluded that he should consider the issue. In the result, like *La Forest J*, I would dismiss the appeal with costs in this court and in the courts below. I would also dismiss the cross-appeal with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Blaney, McMurtry, Stapells, Toronto.

Solicitors for the respondents: Pollit, Arnold, MacLean, Toronto.

à l'ensemble du système de règlement des conflits de travail de fonctionner aussi expéditivement, simplement et économiquement que possible.

^a En l'espèce, l'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour connaître de la question, mais il n'a pas procédé à un examen sur le plan du fond. S'il l'avait fait, il aurait été nécessaire de déterminer si sa décision était manifestement déraisonnable étant donné qu'il a conclu à bon droit qu'il avait agi conformément à la compétence qui lui a été conférée par la loi. Une cour de justice n'aurait pu intervenir que si sa décision avait été manifestement déraisonnable.

Dispositif

^d L'arbitre n'a pas commis d'erreur et il a agi conformément aux pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi habilitante lorsqu'il a conclu qu'il devrait examiner la question. Par conséquent, à l'instar du juge *La Forest*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés avec dépens.

^f *Procureurs de l'appelante: Blaney, McMurtry, Stapells, Toronto.*

^g *Procureurs des intimés: Pollit, Arnold, MacLean, Toronto.*

Stephen William Osolin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. OSOLIN

File No.: 22826.

1993: May 6.

Present: Sopinka J.

APPLICATION FOR INTERVENTION

Practice — Supreme Court of Canada — Intervention — Attorney General — Criminal appeal — Non-constitutional issue — Special circumstances must be shown to permit intervention by a provincial Attorney General in respect of non-constitutional issues in a criminal appeal — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 18.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 18, 32(4).

APPLICATION for leave to intervene by a provincial Attorney General in respect of a non-constitutional issue in a criminal appeal from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of sexual assault and unlawful confinement. Application dismissed.

Robert Houston, Q.C., for the applicant the Attorney General for Ontario.

Henry S. Brown, Q.C., for the appellant.

Consent filed by the respondent.

Stephen William Osolin *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. OSOLIN

^b N° du greffe: 22826.

1993: 6 mai.

Présent: Le juge Sopinka.

^c DEMANDE D'INTERVENTION

Pratique — Cour suprême du Canada — Intervention — Procureur général — Pourvoi en matière criminelle — Question non constitutionnelle — Nécessité que l'existence de circonstances spéciales soit démontrée pour que le procureur général d'une province soit autorisé à intervenir à l'égard d'une question non constitutionnelle dans un pourvoi en matière criminelle — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18.

^e

Lois et règlements cités

^f *Règles de la Cour suprême de Canada, DORS/83-74, art. 18, 32(4).*

^g DEMANDE d'autorisation d'intervention par le procureur général d'une province relativement à une question non constitutionnelle dans un pourvoi en matière criminelle contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'agression sexuelle et de séquestration. Demande rejetée.

^h

ⁱ *Robert Houston, c.r.*, pour le requérant le procureur général de l'Ontario.

Henry S. Brown, c.r., pour l'appellant.

^j

Consentement déposé par l'intimée.

The following are the reasons for the order delivered by

SOPINKA J.—The Attorney General for Ontario applies to intervene in this criminal appeal on the issue of the propriety of the trial judge's ruling which precluded cross-examination of the complainant on certain information contained in medical records. The application is opposed by the appellant (accused). The respondent Attorney General of British Columbia does not oppose the application. The applicant has intervened as of right with respect to the constitutional question raised in the proceedings, which is a separate and distinct issue.

The discretion to allow interventions in criminal appeals has been exercised sparingly by this Court. The situation is otherwise in respect of constitutional questions in respect of which Attorneys General have a right to intervene by virtue of Rule 32(4) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, and other parties with a special interest are frequently accorded permission to do so.

In respect of issues other than constitutional questions, the public interest in a criminal appeal is represented by the Attorney General of the province from which the appeal originates. In some cases, the issue may involve a national perspective in respect of which the Attorney General of Canada will have a special interest which will warrant an intervention by the Attorney General. Accordingly, it will be rare that the Attorney General of a province other than the Attorney General having carriage of the prosecution will be able to demonstrate that the public interest requires the intervention of a second provincial Attorney General. If a second provincial Attorney General is allowed to intervene, the same treatment would have to be accorded to other Attorneys General. This might then attract the attention of the Criminal Lawyers Association, who might very well apply to intervene on the basis that the same treatment should be accorded to both sides in order to prevent the appearance of an unequal contest. Accordingly, very special circumstances must be

Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE SOPINKA—Le procureur général de l'Ontario demande d'intervenir dans ce pourvoi en matière criminel sur la question de la justesse de la décision du juge du procès, qui a interdit le contre-interrogatoire du plaignant relativement à certains renseignements contenus dans des dossiers médicaux. L'appelant (l'accusé) s'oppose à la demande. L'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique ne s'y oppose pas. Le requérant est intervenu de plein droit en ce qui concerne la question constitutionnelle soulevée au cours des procédures, ce qui est une question tout à fait distincte.

Notre Cour a exercé avec circonspection le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les interventions dans les pourvois en matière criminelle. La situation est différente dans le cas de questions constitutionnelles, à l'égard desquelles les procureurs généraux peuvent intervenir en vertu du par. 32(4) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, autorisation qui est souvent accordée également à d'autres parties ayant un intérêt spécial.

Pour ce qui est des questions autres que constitutionnelles, l'intérêt public dans un pourvoi en matière criminelle est représenté par le procureur général de la province d'où émane le pourvoi. Dans certains cas, la question peut comporter un aspect national à l'égard duquel le procureur général du Canada aura un intérêt spécial qui justifiera une intervention de sa part. Par conséquent, il est rare que le procureur général d'une province autre que celui qui est chargé de la poursuite pourra démontrer que l'intérêt public exige l'intervention d'un deuxième procureur général. Si l'on permettait à un deuxième procureur général d'intervenir, il faudrait faire de même pour d'autres procureurs généraux, ce qui risque d'attirer l'attention de la Criminal Lawyers Association, qui voudra peut-être demander à son tour d'intervenir sous prétexte qu'il faut traiter les deux parties de la même façon afin d'éviter l'apparence de contestation inégale. En conséquence, il doit y avoir des circonstances spéciales pour que le procureur général d'une province soit autorisé à intervenir dans un pourvoi en

shown in order to permit an intervention by a provincial Attorney General in respect of non-constitutional issues in a criminal appeal.

In my view, no special circumstances have been established in this application. The issue of the right to cross-examine is fully canvassed by the appellant and respondent. Both courts below and the parties treat the issue as one turning primarily on the relevance of the matters sought to be put to the witness. The respondent's submissions set out in its factum accord with the position which the applicant espouses in the affidavit supporting the application. Indeed the affidavit discloses that the draft respondent's factum was submitted to the applicant and the latter sent materials relating thereto to the respondent. The applicant has not established that by reason of any special interest or expertise its submissions will provide any fresh information or a fresh perspective over and above the submissions of the parties. Quite apart from very special circumstances, therefore, the applicant has not satisfied the criteria for the application of Rule 18 of the Supreme Court Rules. The application is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the appellant: McAlpine & Hordo, Vancouver.

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

matière criminelle à l'égard d'une question non constitutionnelle.

À mon avis, aucune circonstance spéciale n'a été démontrée en l'espèce. La question du droit au contre-interrogatoire est étudiée à fond par l'appellant et l'intimée. Les deux juridictions inférieures et les parties ont traité la question comme portant essentiellement sur la pertinence des sujets que l'on voulait soumettre au témoin. Les arguments de l'intimée exposés dans son mémoire vont dans le même sens que la position adoptée par l'appellant dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande. En fait, l'affidavit dévoile que le projet de mémoire de l'intimée a été soumis au requérant et que celui-ci a fait parvenir à l'intimée de la documentation s'y rapportant. Le requérant n'a pas établi que, en raison d'un intérêt spécial ou d'une expertise particulière, ses arguments apporteront de nouveaux renseignements ou une nouvelle perspective par rapport à ceux des parties. Par conséquent, faute de circonstances exceptionnelles, le requérant n'a pas satisfait aux critères d'application de l'art. 18 des Règles de la Cour suprême. La demande est donc rejetée.

Jugement en conséquence.

Procureur du requérant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'appellant: McAlpine & Hordo, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère de Procureur général, Vancouver.

United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 *Appellant*

Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 *Appelante*

v.

a
c.

Bradco Construction Limited *Respondent*

Bradco Construction Limited *Intimée*

INDEXED AS: UNITED BROTHERHOOD OF CARPENTERS AND JOINERS OF AMERICA, LOCAL 579 v. BRADCO CONSTRUCTION LTD.

b RÉPERTORIÉ: FRATERNITÉ UNIE DES CHARPENTIERES ET MENUISIERS D'AMÉRIQUE, SECTION LOCALE 579 *c.* BRADCO CONSTRUCTION LTD.

File No.: 22023.

N° du greffe: 22023.

1992: October 16; 1993: May 19.

c 1992: 16 octobre; 1993: 19 mai.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Labour relations — Collective agreement — Interpretation — Extrinsic evidence — Collective agreement applicable “when the Employer shall perform any work of the type covered” by the agreement — Affiliated company hiring non-unionized carpenters — Arbitrator finding that such “double-breasting” violated collective agreement — Whether arbitrator’s interpretation of collective agreement patently unreasonable — Whether arbitrator’s use of extrinsic evidence patently unreasonable.

Relations de travail — Convention collective — Interprétation — Preuve extrinsèque — Convention collective applicable «à tous les travaux y visés qu’exécute l’employeur» — Embauchage de charpentiers non syndiqués par une société apparentée — Conclusion de l’arbitre qu’un tel recours à l’«exploitation à double volet» viole la convention collective — L’interprétation donnée à la convention collective par l’arbitre est-elle manifestement déraisonnable? — L’utilisation par l’arbitre d’une preuve extrinsèque est-elle manifestement déraisonnable?

Judicial review — Standard of review — Labour relations arbitrator.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitre en matière de relations de travail.

The appellant union represents employees of the respondent Bradco, which is affiliated with and carries on business on the same premises as N.D. Dobbin Ltd., a non-unionized company. The two companies use common facilities and are, for all practical purposes, owned by the same persons and are managed and directed by the same persons. While a collective agreement between Bradco and the union was in effect, Dobbin won the contract to construct a university building. To assist in carrying out this contract, it hired carpenters who were not affiliated with the union. The union claimed that this amounted to a breach of the collective agreement it had with Bradco because Dobbin was an affiliated company of Bradco. Article 3.01 of the agreement provides that “when the Employer shall perform any work of the type covered by this Agreement . . . this Agreement shall be applicable to all such work”. The arbitrator found in the

g
h
i
j
Le syndicat appelant représente les employés de l’intimée Bradco qui est apparentée à N.D. Dobbin Ltd. dont les employés ne sont pas syndiqués. Les deux sociétés partagent les mêmes installations et appartiennent, à toutes fins pratiques, aux mêmes personnes et sont gérées et dirigées par les mêmes personnes. Pendant qu’était en vigueur une convention collective intervenue entre Bradco et le syndicat, Dobbin s’est vu adjudger le contrat de construction d’un édifice universitaire. Pour exécuter ce contrat, Dobbin a engagé des charpentiers non membres du syndicat. Ce dernier a soutenu qu’il s’agissait là d’une violation de la convention collective intervenue entre lui et Bradco puisque Dobbin était apparentée à cette dernière. L’article 3.01 de la convention prévoit que «celle-ci s’appliquer[a] à tous les travaux y visés qu’exécute l’employeur». L’arbitre s’est prononcé en faveur du syndicat. Il a constaté que

union's favour. He noted that the existence of the two companies permitted Bradco to engage in the practice of "double-breasting", whereby the non-unionized arm, Dobbins, could bid on contracts and carry out work using the facilities, management personnel and equipment of the unionized arm, Bradco, but could hire non-union personnel. The practice of double-breasting had led to a prolonged strike in 1986, which was settled in accordance with a report (the "Harris report") which formed the basis of the collective agreement now in force. Both sides had made significant concessions: the union agreed to wage concessions, while the companies agreed to stop engaging in "double-breasting". The arbitrator found that Article 3 was incorporated into the agreement in an effort to guarantee the companies' compliance with the "double-breasting" concession. Since the language of the article was not clear and unambiguous, he found that he was entitled to look at extrinsic evidence, specifically the Harris report. In his view this case presented a clear example of double-breasting of the sort which the report was intended to terminate. The arbitrator's decision was upheld by the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, but reversed by the Court of Appeal, which found that both the arbitrator's determination that the meaning of the phrase "perform any work" was unclear and his resolution of the ambiguity were patently unreasonable.

Held: The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: Arbitration in this matter was a statutory requirement under s. 88 of the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977*, which provides that disputes arising out of the interpretation or application of a collective agreement "shall be submitted for final settlement to arbitration". In determining the appropriate standard of judicial review the court must interpret the legislative provision in question in light of the nature of the particular tribunal and the type of questions which are entrusted to it, having due regard for the policy enunciated by this Court that, in the case of specialized tribunals, decisions upon matters entrusted to them by reason of their expertise should be accorded deference.

Statutory provisions governing judicial review range from "true" privative clauses which clearly and specifically purport to oust all judicial review of decisions ren-

l'existence des deux sociétés a permis à Bradco de recourir à la pratique de l'«exploitation à double volet», en vertu de laquelle Dobbins, la division dont les employés n'étaient pas syndiqués, pouvait soumissionner des travaux et les exécuter en se servant des installations, des gestionnaires et du matériel de Bradco, la division dont les employés étaient syndiqués, tout en embauchant des employés non syndiqués. Cette pratique de l'exploitation à double volet avait abouti en 1986 à une grève de longue durée qui a été réglée en conformité avec un rapport (le «rapport Harris») qui constitue le fondement de la convention collective actuellement en vigueur. D'importantes concessions avaient été faites de part et d'autre: le syndicat en a fait sur le plan salarial, tandis que les sociétés ont convenu de mettre fin à la pratique de l'«exploitation à double volet». D'après l'arbitre, l'article 3 a été inclus dans la convention afin d'assurer que les sociétés respecteraient la concession faite en matière d'«exploitation à double volet». Comme le texte de cet article n'était pas clair et net, l'arbitre a décidé qu'il avait le droit de prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques, plus précisément le rapport Harris. À son avis, il s'agissait en l'espèce d'un exemple clair du genre d'exploitation à double volet que visait à éliminer ce rapport. La décision de l'arbitre a été confirmée par la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve, mais elle a été infirmée par la Cour d'appel qui a jugé que la conclusion de l'arbitre au caractère équivoque de l'expression «les travaux [...] qu'exécute» ainsi que la façon dont il avait dissipé l'ambiguïté étaient toutes les deux manifestement déraisonnables.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: En l'espèce, l'arbitrage était prescrit par l'art. 88 de *The Labour Relations Act, 1977* de Terre-Neuve, qui dispose que tout différend qui découle de l'interprétation ou de l'application d'une convention collective «doit être soumis, pour règlement final, à l'arbitrage». Pour déterminer la norme appropriée de contrôle judiciaire, la cour doit interpréter la disposition législative en question en fonction de la nature du tribunal particulier dont il s'agit et du type de questions dont il peut connaître, tout en tenant compte du principe énoncé par notre Cour, selon lequel, dans le cas de tribunaux spécialisés, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des décisions qu'ils rendent sur les questions qui leur sont soumises en raison de leur expertise.

Les dispositions législatives qui régissent le contrôle judiciaire vont des «véritables» clauses privatives qui ont manifestement et explicitement pour objet d'écartier

dered by the tribunal to clauses which provide for a full right of appeal on any question of law or fact and which allow the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal. Where the relevant provision is a true privative clause, judicial review is limited to errors of jurisdiction resulting from an error in interpreting a legislative provision limiting the tribunal's powers or a patently unreasonable error on a question of law otherwise within the tribunal's jurisdiction. Although their preclusive effect may be less obvious than that of the true privative clause, other forms of clauses purporting to restrict review may also have privative effect. Wording such as "final and conclusive" may be found to restrict review to matters of jurisdiction if the court concludes that the legislator clearly intended that the decision should be immune from review in the absence of an error as to jurisdiction.

Section 88(2) falls somewhere between a full privative clause and a clause providing for full review by way of appeal. The word "final" will not always imply an intended restriction on judicial review: whether or not it should be interpreted in any particular case as conveying an intention to preclude or restrain judicial review requires an analysis of the provision in light of the purpose, nature and expertise of the tribunal in question. The goal of mandatory arbitration is to arrive at an efficient and cost-effective manner of resolving disputes which will enable the parties to continue in their ongoing working relationship to the greatest extent possible. As an unlimited scope of judicial review of an arbitrator's decision would thwart the achievement of this goal, the words "final settlement" must be taken to indicate the legislature's intention that the courts exercise some restraint in this area.

Along with the rationale for its existence, the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Judicial deference to the decision of the arbitrator is warranted here, even though s. 88(2) was not intended to restrict judicial review to jurisdictional matters. While judicial deference to a finding of law made by an arbitrator will not usually be warranted, the questions the arbitrator had to resolve here involved the interpretation of the collective agreement and its application to a particular factual situation, matters which constitute the core area of an arbitrator's expertise. Combined with the purpose and word-

tout contrôle judiciaire des décisions rendues par le tribunal, jusqu'aux clauses qui prescrivent un plein droit d'appel sur toute question de droit ou de fait et qui autorisent la cour de justice qui procède à l'examen à substituer son opinion à celle du tribunal administratif. Si la disposition pertinente est une véritable clause privative, le contrôle judiciaire se limite aux erreurs de compétence résultant d'une erreur d'interprétation d'une disposition législative limitant les pouvoirs du tribunal ou d'une erreur manifestement déraisonnable commise relativement à une question de droit qui relève par ailleurs de la compétence du tribunal. Bien que leur effet d'exclusion puisse être moins évident que celui des véritables clauses privatives, d'autres formes de clauses ayant pour objet de limiter l'examen peuvent également avoir un effet privatif. On peut décider que des termes comme «final et sans appel» limitent l'examen aux questions de compétence si la cour conclut que le législateur a manifestement voulu que la décision échappe à l'examen en l'absence d'une erreur de compétence.

Le paragraphe 88(2) se situe quelque part entre une clause privative intégrale et une clause prescrivant un examen complet par voie d'appel. Le mot «final» n'implique pas toujours l'intention de restreindre le contrôle judiciaire: pour savoir s'il convient dans un cas donné d'interpréter ce mot comme manifestant l'intention d'écarter ou de restreindre le contrôle judiciaire, il faut analyser la disposition à la lumière de l'objet, de la nature et de l'expertise du tribunal en question. L'arbitrage obligatoire vise à régler les différends d'une manière efficace et rentable qui permettra aux parties de maintenir autant que possible leurs relations de travail normales. Comme ce but ne pourrait être atteint si aucune limite n'était imposée à l'examen de la décision d'un arbitre, il faut voir dans l'expression «règlement final» une manifestation de l'intention du législateur d'assurer une certaine retenue de la part des cours de justice dans ce domaine.

Outre la raison d'être du tribunal, son expertise est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. La retenue judiciaire à l'égard de la décision de l'arbitre est justifiée en l'espèce, même si le par. 88(2) n'était pas destiné à restreindre le contrôle judiciaire aux questions de compétence. Même si la retenue judiciaire à l'égard d'une conclusion de fait tirée par un arbitre n'est pas justifiée habituellement, les questions que l'arbitre avait à résoudre ici comportaient l'interprétation de la convention collective et son application à une situation factuelle particulière, des sujets qui constituent le domaine d'ex-

ing of s. 88, the arbitrator's relative expertise mandates that the court defer to the decision of the arbitrator in this case unless his decision is found to be patently unreasonable.

The arbitrator's admission of extrinsic evidence, in the form of the Harris report, was proper. Under s. 84(1) of *The Labour Relations Act, 1977* the arbitrator may receive and accept such evidence as he deems advisable whether or not it would be admissible in a court of law. An arbitrator's decision in this regard is not reviewable unless it is shown to be patently unreasonable. The arbitrator's finding that Article 3.01 of the collective agreement was ambiguous cannot be said to be patently unreasonable and he was justified in resorting to the extrinsic evidence to discern the intentions of the parties in order to resolve that ambiguity. The arbitrator, upon referring to the extrinsic evidence, concluded that the intention of the parties was that Article 3.01 should deal with the situation of double-breasting. Given that the words of the provision were capable of rationally supporting an interpretation reflective of this intention, it was not patently unreasonable for the arbitrator to conclude that it accomplished its purpose and that the relationships which it described included the relationship between Bradco and Dobbin.

Per Cory J.: Sopinka J.'s reasons were substantially agreed with. A reservation was expressed regarding the approach that should be taken by courts reviewing decisions of arbitrators acting in the field of labour relations, but the reasoning of the majority in *Dayco* was followed.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 846; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R.

pertise fondamentale d'un arbitre. Si on la conjugue à l'objet et au texte de l'art. 88, l'expertise relative de l'arbitre exige qu'une cour de justice fasse preuve de retenue à l'égard de la décision de l'arbitre en l'espèce, à moins que celle-ci ne soit jugée manifestement déraisonnable.

L'arbitre a légitimement admis la preuve extrinsèque qu'était le rapport Harris. Suivant le par. 84(1) de *The Labour Relations Act, 1977*, l'arbitre peut recevoir et accepter les éléments de preuve qu'il juge souhaitables, qu'ils soient admissibles ou non devant une cour de justice. La décision de l'arbitre à cet égard ne peut faire l'objet d'un examen que s'il est démontré qu'elle est manifestement déraisonnable. On ne saurait taxer de manifestement déraisonnable la conclusion de l'arbitre à l'ambiguïté de l'article 3.01 de la convention collective, et il avait raison de recourir à la preuve extrinsèque pour discerner l'intention des parties afin de pouvoir résoudre cette ambiguïté. Sur la foi de la preuve extrinsèque, l'arbitre a conclu que les parties avaient voulu que l'article 3.01 vise la situation où il y a exploitation à double volet. Comme le texte de cet article pouvait rationnellement être interprété d'une façon qui traduisait cette intention, il n'était pas manifestement déraisonnable que l'arbitre conclue que cet article a servi à la fin qui lui était propre et que les relations y visées comprenaient celle existant entre Bradco et Dobbin.

Le juge Cory: Les motifs du juge Sopinka sont, pour l'essentiel, acceptés. Une réserve est exprimée concernant la méthode que les cours de justice devraient adopter en examinant les décisions d'arbitres en matière de relations de travail, mais le raisonnement de la majorité dans l'affaire *Dayco* est suivi.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 846; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la*

1722; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Leggatt v. Brown* (1899), 30 O.R. 225; *Re Milk & Bread Drivers, Local 647*, and *Silverwood Dairies Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 406; *Re Int'l Ass'n of Machinists, Local 1740*, and *John Bertram & Sons Co.* (1967), 18 L.A.C. 362; *Re Noranda Metal Industries Ltd., Fergus Division and I.B.E.W., Local 2345* (1983), 44 O.R. (2d) 529.

By Cory J.

Followed: *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; **referred to:** *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, ss. 18, 84(1), 88(1), (2).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 181, 255 A.P.R. 181, reversing a decision of the Supreme Court, Trial Division (1988), 75 Nfld. & P.E.I.R. 308, 234 A.P.R. 308, upholding an arbitrator's decision in the appellant union's favour. Appeal allowed.

V. Randell J. Earle, for the appellant.

Thomas R. Kendell, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—The main issue in this appeal is whether the interpretation given by a labour rela-

radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Leggatt c. Brown* (1899), 30 O.R. 225; *Re Milk & Bread Drivers, Local 647*, and *Silverwood Dairies Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 406; *Re Int'l Ass'n of Machinists, Local 1740*, and *John Bertram & Sons Co.* (1967), 18 L.A.C. 362; *Re Noranda Metal Industries Ltd., Fergus Division and I.B.E.W., Local 2345* (1983), 44 O.R. (2d) 529.

Citée par le juge Cory

Arrêt suivi: *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; **arrêts mentionnés:** *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768.

Lois et règlements cités

Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 18, 84(1), 88(1), (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 181, 255 A.P.R. 181, qui a infirmé la décision de la Cour suprême, Section de première instance (1988), 75 Nfld. & P.E.I.R. 308, 234 A.P.R. 308, qui avait confirmé la décision d'un arbitre rendue en faveur du syndicat appelant. Pourvoi accueilli.

V. Randell J. Earle, pour l'appelante.

Thomas R. Kendell, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question principale qui se pose en l'espèce est de savoir si l'interprétation

tions arbitrator to certain provisions of a collective agreement between the appellant and respondent, and his use of extrinsic evidence to arrive at that interpretation, were patently unreasonable.

The Facts

The appellant Union, the United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579, represents employees of the respondent Bradco Construction Limited ("Bradco"), a company which is affiliated with, and carries on business on the same premises as, N.D. Dobbin Limited ("Dobbin"), a non-unionized company. The parties' Agreed Statement of Facts states that "[Bradco and Dobbin] are operating from the same premises using common facilities such as office space, mail box, bonding support and some staff. From time to time they employ persons who have been in the employ of the other". Further, the two companies are "for all practical purposes, owned by the same persons and are managed and directed by the same persons".

The respondent Bradco is a member of the Newfoundland Construction Labour Relations Association (the "Association"), which is the bargaining agent for unionized employers within the commercial and industrial sector of the construction industry in the province of Newfoundland, and as such is bound by a collective agreement with the Union entered into by the Association effective October 1, 1986 to April 30, 1988. Article 3.01 of this agreement, under the heading "Preservation of Work", provides:

3.01 Effective the date of signing of this Agreement and expiring April 29, 1988, the parties agree that if and when the Employer shall perform any work of the type covered by this Agreement at the site of a construction project, under its own name or under the name of another, as a corporation, company, partnership or any other business entity, including a joint venture, wherein the Employer (including its officers, directors,

qu'un arbitre en matière de relations de travail a donnée à certaines dispositions d'une convention collective intervenue entre l'appelante et l'intimée, ainsi que son utilisation d'une preuve extrinsèque pour en arriver à cette interprétation, étaient manifestement déraisonnables.

Les faits

Le syndicat appellant, la Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579, représente les employés de l'intimée Bradco Construction Limited («Bradco»), une société apparentée à N.D. Dobbin Limited («Dobbin») dont les employés ne sont pas syndiqués. Les deux sociétés occupent les mêmes locaux. D'après l'exposé conjoint des faits des parties, [TRADUCTION] «[Bradco et Dobbin] partagent les mêmes locaux et les mêmes installations, notamment des bureaux, une boîte à lettres, une protection de cautionnement et quelques employés. Il arrive parfois que l'une embauche des personnes qui ont travaillé pour l'autre». En outre, les deux sociétés [TRADUCTION] «appartiennent, à toutes fins pratiques, aux mêmes personnes et sont gérées et dirigées par les mêmes personnes».

L'intimée Bradco est membre de la Newfoundland Construction Labour Relations Association (l'«Association») qui est l'agent négociateur des employeurs qui embauchent des syndiqués dans le secteur commercial et industriel de l'industrie de la construction à Terre-Neuve. Elle est, à ce titre, liée par la convention collective conclue par l'Association avec le syndicat pour la période du 1^{er} octobre 1986 au 30 avril 1988. L'article 3.01 de cette convention prévoit, sous la rubrique [TRADUCTION] «Maintien de l'emploi»:

[TRADUCTION]

3.01 Les parties conviennent que, à partir de la date de la signature de la présente convention jusqu'à son expiration le 29 avril 1988, les conditions de celle-ci s'appliqueront à tous les travaux y visés qu'exécute l'employeur sur un chantier de construction, que ce soit sous sa propre dénomination sociale ou sous une autre, en tant que société, compagnie, société de personnes ou autre entité commerciale, et notamment en tant

owners, partners or stockholders) exercises either directly or indirectly (such as through family members) any significant degree of ownership, management or control, the terms and conditions of this Agreement shall be applicable to all such work. *a*

Sometime after the coming into effect of this collective agreement, Dobbin submitted an independent bid for, and won, the contract to build the Fine Arts Building at the Corner Brook campus of the University of Newfoundland. To assist it in fulfilling this contract, Dobbin hired carpenters who were not affiliated with the Union. The Union claimed that this amounted to a breach of the collective agreement it had with Bradco because Dobbin was an affiliated company of Bradco. *b*

The arbitrator found in favour of the Union. This decision was upheld by the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division (1988), 75 Nfld. & P.E.I.R. 308, 234 A.P.R. 308, but reversed by the Court of Appeal (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 181, 255 A.P.R. 181. *c*

Relevant Statutory Provisions

The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64 *f*

84. (1) An arbitration board appointed pursuant to a collective agreement or in accordance with this Act

- (a) may determine its own procedure, but shall give full opportunity to the parties to the proceeding to present evidence and make submissions to it; *g*
- (b) has in relation to any proceeding before it, power to *h*
 - (i) summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the arbitration board deems requisite to the full investigation and consideration of any matter that is within its jurisdiction and before it in the proceeding; *i*
 - (ii) administer oaths and affirmations; *j*

qu'entreprise en participation, dont l'employeur (y compris ses dirigeants, administrateurs, propriétaires, associés ou actionnaires) a dans une grande mesure, que ce soit directement ou indirectement (notamment par l'intermédiaire de membres de sa famille), la propriété, la gestion ou le contrôle.

Quelque temps après l'entrée en vigueur de cette convention collective, Dobbin a fait avec succès une soumission indépendante en vue d'obtenir le contrat de construction du Fine Arts Building au campus Corner Brook de l'Université de Terre-Neuve. Pour exécuter ce contrat, Dobbin a engagé des charpentiers non membres du syndicat. Ce dernier a soutenu qu'il s'agissait là d'une violation de la convention collective intervenue entre lui et Bradco puisque Dobbin était apparentée à Bradco. *b*

L'arbitre s'est prononcé en faveur du syndicat. Cette décision a été confirmée par la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve (1988), 75 Nfld. & P.E.I.R. 308, 234 A.P.R. 308, mais elle a été infirmée par la Cour d'appel (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 181, 255 A.P.R. 181. *c*

Les dispositions législatives pertinentes

The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64 *f*

[TRANSDUCTION]

84. (1) Un conseil d'arbitrage constitué en application d'une convention collective ou en conformité avec la présente loi

- a) peut établir sa propre procédure, mais doit donner aux parties à l'instance toutes les possibilités voulues de lui présenter des éléments de preuve et de lui faire des observations; *g*
- b) détient à l'égard de toute instance dont il est saisi le pouvoir *h*
 - (i) d'assigner des témoins, de les contraindre à comparaître et à témoigner sous serment, oralement ou par écrit, et à produire les pièces et objets qu'il juge nécessaires à l'examen et à l'étude approfondis des questions dont il est saisi et qui sont de son ressort; *i*
 - (ii) de faire prêter serment et de faire faire des affirmations solennelles; *j*

(iii) receive and accept such evidence and information on oath, affidavit or otherwise as the arbitration board deems desirable, whether admissible in a court of law or not; and

a

(iii) de recevoir et d'accepter les éléments de preuve et les renseignements, fournis sous serment, par voie d'affidavit ou de quelque autre manière, que le conseil juge souhaitables, qu'ils soient admissibles ou non devant une cour de justice; et

. . . .

(c) has power to determine any questions as to whether a matter referred to the arbitration board is arbitrable.

b

c) a le pouvoir de trancher toute question concernant le caractère arbitral d'une question dont il est saisi.

. . . .

. . . .

88. (1) Subject to subsection (12), this section applies only to the construction industry.

c

88. (1) Sous réserve du paragraphe (12), le présent article ne s'applique qu'à l'industrie de la construction.

(2) Where an employer or employers' organization has entered into a collective agreement, then, notwithstanding anything to the contrary in this Act or in the collective agreement, any dispute or difference between the parties to the collective agreement, including persons bound by the collective agreement, relating to or involving

d

(2) Si un employeur ou une association patronale a conclu une convention collective, alors, par dérogation aux dispositions contraires de la présente loi ou de la convention collective, tout conflit ou différend qui surgit entre les parties à ladite convention, y compris les personnes liées par celle-ci, et qui porte sur

(a) the interpretation, meaning, application or administration of the collective agreement or any provision of the collective agreement;

e

a) l'interprétation, le sens, l'application ou l'administration de la convention collective ou de toute disposition de celle-ci;

(b) a violation or an allegation of a violation of the collective agreement;

f

b) une violation ou une allégation de violation de la convention collective;

(c) working conditions; or

f

c) les conditions de travail; ou

(d) a question whether a matter is arbitrable;

f

d) la question de savoir si une affaire est arbitrale;

shall be submitted for final settlement to arbitration in accordance with this section in substitution for any arbitration or arbitration procedure provided for in the collective agreement.

g

doit être soumis, pour règlement final, à l'arbitrage visé au présent article plutôt qu'à celui que peut prévoir la convention collective.

Relevant Provisions of the Collective Agreement

h

Les dispositions pertinentes de la convention collective

[TRANSLATION]

Article 1 — Purpose

i

Article 1 — Objet

1.01 The purpose of this Agreement is to establish the contractual working conditions between the parties hereto; to establish wages, working conditions and certain benefits for the employees herein represented and to provide for the settlement of dispute without a stoppage of work between the parties hereto.

j

1.01 La présente convention vise à établir les conditions de travail contractuelles applicables aux parties aux présentes, à fixer les salaires, les conditions de travail et certains avantages sociaux des employés ici représentés et à prévoir le règlement sans arrêt de travail de tout différend entre lesdites parties.

Article 2 — Recognition

2.04 The terms and conditions of this Agreement are binding upon the employer, its officers and members; and upon any party, person, association or company doing subcontract work that falls within the jurisdictional claims of the carpenters. ^a

An arbitrator shall have the right to award liquidated damages in the event of a proven violation of the above. ^b

Article 3 — Preservation of Work

3.01 Effective the date of signing of this Agreement and expiring April 29, 1988, the parties agree that if and when the Employer shall perform any work of the type covered by this Agreement at the site of a construction project, under its own name or under the name of another, as a corporation, company, partnership or any other business entity, including a joint venture, wherein the Employer (including its officers, directors, owners, partners or stockholders) exercises either directly or indirectly (such as through family members) any significant degree of ownership, management or control, the terms and conditions of this Agreement shall be applicable to all such work. ^c

3.02 The Employer shall operate a strictly union shop and shall not employ non-union tradesmen either in their own right or through any affiliated, subsidiary or related company. ^d

3.03 All alleged violations of this Article shall be considered a dispute under this Agreement and shall be processed in accordance with the grievance and arbitration provisions of this Agreement. As a remedy for violations of this Article, any arbitrator or arbitration board appointed under this Agreement shall be empowered at the Unions' request to require the Employer to (1) pay to affected employees covered by this Agreement, the equivalent of wages lost by such employees as a result of the violations, and (2) pay into the affected joint trust funds established under this Agreement any delinquent contributions to such funds which have resulted from the violations, including such interest as may be prescribed by the arbitrator or arbitration board. Provision of this remedy herein shall not make ^e

Article 2 — Reconnaissance

2.04 Les modalités de la présente convention lient l'employeur, ses dirigeants et ses membres, ainsi que toute partie, personne, association ou société qui exécute à titre de sous-traitant des travaux qui ressortissent aux charpentiers.

L'arbitre aura le droit d'accorder des dommages-intérêts conventionnels en cas de violation prouvée de ce qui précède.

Article 3 — Maintien de l'emploi

3.01 Les parties conviennent que, à partir de la date de la signature de la présente convention jusqu'à son expiration le 29 avril 1988, les conditions de celle-ci s'appliqueront à tous les travaux y visés qu'exécute l'employeur sur un chantier de construction, que ce soit sous sa propre dénomination sociale ou sous une autre, en tant que société, compagnie, société de personnes ou autre entité commerciale, et notamment en tant qu'entreprise en participation, dont l'employeur (y compris ses dirigeants, administrateurs, propriétaires, associés ou actionnaires) a dans une grande mesure, que ce soit directement ou indirectement (notamment par l'intermédiaire de membres de sa famille), la propriété, la gestion ou le contrôle.

3.02 L'employeur doit exploiter un atelier strictement syndical et ne doit, ni directement ni par l'intermédiaire d'une société apparentée, d'une filiale ou d'une société liée, engager des hommes de métier non syndiqués. ^f

3.03 Toute prétendue violation du présent article est considérée comme un différend au sens de la présente convention et est traitée en conformité avec les dispositions en matière de griefs et d'arbitrage que la convention comporte. Pour remédier à une violation du présent article, l'arbitre nommé ou le conseil d'arbitrage constitué en vertu de la présente convention a le pouvoir d'exiger, à la demande du syndicat, que l'employeur (1) paye aux employés touchés auxquels s'applique la présente convention une somme équivalant au salaire qu'ils ont perdu par suite de cette violation, et (2) verse au fonds en fiducie conjoint touché, établi en vertu de la présente convention, toute contribution à ce fonds qui est en souffrance en raison de la violation, y compris les intérêts que peut fixer l'arbitre ou le ^g

it the exclusive remedy to the Union for violations of this Article; nor does it make the same as other remedies unavailable to the Union for violations of other Articles of this Agreement.

a

conseil d'arbitrage. Cette réparation n'est pas la seule que le syndicat peut obtenir pour la violation du présent article; elle ne constitue pas non plus la seule disponible comme c'est le cas d'autres réparations que le syndicat ne peut obtenir pour la violation d'autres articles de la présente convention.

3.04 All work bid prior to September 12, 1986 shall not be affected by this Article and shall be completed on terms and conditions in existence prior to the date of signing, except that work bid by non-union businesses within the scope of Article 1.01 prior to September 12, 1986 shall be performed in accordance with the terms and conditions of this Agreement subsequent to the 12th day of May, 1987.

b

3.04 Les travaux soumissionnés avant le 12 septembre 1986 ne sont pas touchés par le présent article et seront achevés selon les modalités en vigueur avant la date de signature, sauf que les travaux soumissionnés avant le 12 septembre 1986 par des entreprises visées par l'article 1.01, dont les employés ne sont pas syndiqués, seront exécutés conformément aux modalités de la présente convention après le 12 mai 1987.

3.05 This Article shall not be affected or revised by any bridging provision of this Agreement.

c

3.05 Aucune disposition transitoire de la présente convention ne s'applique au présent article ni ne le modifie.

Lower Court Judgments

Arbitrator (Dr. Arthur M. Sullivan, Dec. 3, 1987)

d

Les juridictions inférieures

L'arbitre (M. Arthur M. Sullivan, le 3 décembre 1987)

Tracing the history of the relationship between the Union and Bradco, the arbitrator found that it was a "long and troubled" one. The existence of the two companies permitted Bradco to engage in the practice of "double-breasting", whereby the non-unionized arm (Dobbin) could bid on contracts and carry out work using the facilities, management personnel and equipment of the unionized arm (Bradco) but could hire non-union personnel. This situation eventually led to a prolonged strike in 1986.

e

Après avoir fait l'historique des rapports entre le syndicat et Bradco, l'arbitre a conclu qu'il s'agissait de rapports [TRADUCTION] «longs et agités». L'existence des deux sociétés a permis à Bradco de recourir à la pratique de l'«exploitation à double volet», en vertu de laquelle la division dont les employés n'étaient pas syndiqués (Dobbin) pouvait soumissionner des travaux et les exécuter en se servant des installations, des gestionnaires et du matériel de la division dont les employés étaient syndiqués (Bradco), tout en embauchant des employés non syndiqués. Cette situation a abouti en 1986 à une grève de longue durée.

f

g

The arbitrator found that the 1986 strike was settled in accordance with a report prepared by Dr. Leslie Harris, which formed the basis of the collective agreement now in force. Both sides made significant concessions. The Union agreed to wage concessions, while the companies agreed to stop engaging in "double-breasting". The arbitrator found that Article 3 was incorporated into the agreement in an effort to guarantee the companies'

h

i

j

L'arbitre a conclu que la grève de 1986 avait été réglée en conformité avec un rapport préparé par M. Leslie Harris, lequel rapport constitue le fondement de la convention collective actuellement en vigueur. D'importantes concessions avaient été faites de part et d'autre. Le syndicat en a fait sur le plan salarial, tandis que les sociétés ont convenu de mettre fin à la pratique de l'«exploitation à double volet». D'après l'arbitre, l'article 3 a été inclus

compliance with the “double-breasting” concession.

While the respondent Bradco conceded that Bradco and Dobbin were related in the sense that they share principals, shareholders, equipment and facilities, Bradco argued that it did not perform any of the work on the Fine Arts Building contract and thus had not violated Article 3.01. In Bradco’s view, “Employer” in Article 3.01 should read “Bradco” and “the Union” should read “the United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579”. The contract was bid upon and awarded to Dobbin, and work was carried out solely by Dobbin. The only circumstance under which Article 3.01 would “kick in” would be if Bradco had bid on the contract and had the work performed by Dobbin or another related company. Bradco further argued that the wording of Article 3.01 was clear and that, in the absence of any ambiguity, it was not open to the arbitrator to consider extrinsic evidence.

The arbitrator found that the words “perform any work”, as used in Article 3.01, were not clear and unambiguous. Further, he rejected Bradco’s suggested interpretation of when Article 3.01 would “kick in” as leading to an absurdity or at least to an inconsistency with the rest of the collective agreement. If the clause could only be invoked when Bradco bid on a contract and assigned it to Dobbin, effectively it never would be, for there was no need for Bradco to bid on a contract when Dobbin had the same capabilities as Bradco, including access to the same facilities and management.

Given his finding that the language of Article 3.01 was not clear and unambiguous, the arbitrator found he was entitled to look at extrinsic evidence in an effort to arrive at the most probable interpretation. He found that the most relevant extrinsic evidence was the report of Dr. Harris, upon which the agreement was based. According to the report the signatory companies agreed “to place all double-breasting activities in abeyance for the

dans la convention afin d’assurer que les sociétés respecteraient la concession faite en matière d’«exploitation à double volet».

a Tout en reconnaissant qu’elle-même et Dobbin étaient des sociétés apparentées en ce sens qu’elles avaient des dirigeants et des actionnaires communs et qu’elles partageaient matériel et installations, l’intimée Bradco a prétendu n’avoir exécuté aucune partie des travaux de construction du Fine Arts Building et n’avoir en conséquence commis aucune violation de l’article 3.01. De l’avis de Bradco, il faudrait lire à l’article 3.01 «Bradco» au lieu d’«employeur» et «la Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579» au lieu de «syndicat». Dobbin a soumissionné et a obtenu le contrat, et c’est elle seule qui a exécuté les travaux. L’article 3.01 ne «jouerait» donc que si Bradco avait soumissionné les travaux et les avait fait exécuter par Dobbin ou par une autre société apparentée. Bradco a fait valoir en outre que le texte de l’article 3.01 est clair et qu’en l’absence d’ambiguïté l’arbitre ne pouvait *e* tenir compte d’éléments de preuve extrinsèques.

L’arbitre a conclu que l’expression «les travaux [...] qu’exécute», employée à l’article 3.01, n’était pas claire et nette. De plus, il a rejeté l’interprétation proposée par Bradco quant au cas où «jouerait» l’article 3.01, pour le motif qu’elle conduirait à une absurdité ou, tout au moins, à une incompatibilité avec le reste de la convention collective. Si cette clause ne pouvait être invoquée que dans le cas où Bradco a soumissionné des travaux et en a confié l’exécution à Dobbin, elle ne serait, en fait, jamais invoquée, car Bradco n’avait pas à soumissionner quand Dobbin disposait des mêmes moyens qu’elle, dont l’accès aux mêmes installations et gestionnaires.

Compte tenu de sa conclusion que le texte de l’article 3.01 n’était pas clair et net, l’arbitre a décidé qu’il avait le droit de prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques afin d’en dégager l’interprétation la plus vraisemblable. Il a jugé que la preuve extrinsèque la plus pertinente était le rapport de M. Harris, sur lequel se fondait la convention collective. D’après ce rapport, les sociétés signataires convenaient [TRADUCTION] «de

terms of the Collective Agreements and, in respect of all work commenced or bid after the conclusion of the Agreement, to run a strict union shop operation . . . ”. In his opinion, this case presented “a clear example of double-breasting of the sort which the Harris Report was intended to terminate”. He accordingly found in favour of the Union.

Supreme Court of Newfoundland, Trial Division (1988), 75 Nfld. & P.E.I.R. 308

Hickman C.J. also rejected Bradco’s argument that Article 3.01 of the agreement should not come into play because Bradco did not itself “perform any work” of the sort covered by the agreement. In his view, this interpretation “would indeed lead to an absurdity and would be totally inconsistent with the clear intent of the Collective Agreement and, in particular, Clause 3 thereof” (p. 312).

In Hickman C.J.’s view, the *ratio decidendi* of the arbitrator in deciding to look at extrinsic evidence as an aid to interpretation was correct and not an error in law. The proper approach to be taken by an arbitrator in interpreting a collective agreement is to look at the language in dispute. If he reasonably concludes that the words used are not clear, then he may consider extrinsic evidence to ascertain the intention of the contracting parties. Further, Hickman C.J. found that the extrinsic evidence supported the arbitrator’s interpretation of the agreement, stating as follows, at p. 313:

It is clear from the Collective Agreement, as a whole, that section 3.01 embraced all nonunion companies which were owned or controlled by unionized companies who, by virtue of their membership in the Association, were parties to the Collective Agreement. This is the only reasonable interpretation one can reach bearing in mind the Harris report which was accepted by the Association and the Union and formed the basis for the Collective Agreement which was designed to eliminate double-breasting by unionized companies whose shareholders and directors also controlled a nonunionized Company. Section 3.02 adds validity to that conclusion.

suspendre toutes activités d’exploitation à double volet pendant la durée de la convention collective et, en ce qui concerne les travaux entrepris ou soumissionnés après la conclusion de la convention, d’exploiter un atelier strictement syndical . . . » À son avis, il s’agissait en l’espèce d’un [TRADUCTION] «exemple clair du genre d’exploitation à double volet que visait à éliminer le rapport Harris». Il a donc statué en faveur du syndicat.

Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance (1988), 75 Nfld. & P.E.I.R. 308

Le juge en chef Hickman a, lui aussi, rejeté l’argument de Bradco selon lequel l’article 3.01 de la convention ne devrait pas s’appliquer puisque Bradco n’avait elle-même «exécuté aucun travail» visé par celle-ci. D’après lui, cette interprétation [TRADUCTION] «conduirait certainement à une absurdité et serait tout à fait incompatible avec l’objet clair de la convention collective et, en particulier, de sa troisième clause» (p. 312).

De l’avis du juge en chef Hickman, c’est à juste titre que l’arbitre a décidé d’interpréter au moyen d’une preuve extrinsèque et il n’a donc commis aucune erreur de droit à cet égard. La bonne façon pour un arbitre d’aborder l’interprétation d’une convention collective consiste à examiner les termes litigieux. S’il conclut raisonnablement que les mots utilisés ne sont pas clairs, il peut alors prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques afin de déterminer l’intention des parties contractantes. Le juge en chef Hickman a décidé en outre que la preuve extrinsèque appuyait la façon dont l’arbitre avait interprété la convention collective. Il dit à ce propos, à la p. 313:

[TRADUCTION] Il ressort nettement de la convention collective, prise dans son ensemble, que l’article 3.01 visait toutes les sociétés aux employés non syndiqués, qui étaient la propriété ou sous le contrôle de sociétés dont les employés étaient syndiqués et qui, en raison de leur appartenance à l’Association, étaient parties à ladite convention. Il s’agit là de la seule interprétation raisonnable possible compte tenu du rapport Harris qui a été accepté par l’Association et le syndicat et qui a constitué le fondement de la convention collective, laquelle était destinée à éliminer l’exploitation à double volet par les sociétés aux employés syndiqués, dont les actionnaires

Such provision in the Collective Agreement is enforceable as it embraces only associated nonunion companies.

Hickman C.J. also rejected the implied submission of Bradco that Dobbin was in the same position as a non-union company which is totally independent of members of the Association, stating that Dobbin was a non-unionized company under the control and management of a unionized company.

The trial judge then quoted Lamer J. (as he then was) in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, with respect to judicial deference to arbitrators and administrative tribunals, and concluded that the decision of the arbitrator was reasonable and should not be disturbed.

Supreme Court of Newfoundland, Court of Appeal (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 181

The judgment of the court was written by Goodridge C.J.N. (Gushue and Mahoney J.J.A. concurring). Citing this Court's decisions in *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 846, and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, the Court of Appeal noted that the findings of an arbitration board, if covered by a privative clause and acting within its jurisdiction, will only be disturbed if they are "patently unreasonable". Although he stated that there may be some question whether the decision of an arbitrator appointed pursuant to s. 88 of the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977* was protected by a privative clause, Goodridge C.J.N. found this issue to be of no consequence in this matter as the arbitrator's decision failed even the most stringent test.

et les administrateurs contrôlaient également une société aux employés non syndiqués. C'est là une conclusion que vient étayer l'article 3.02. Pareille disposition dans la convention collective a force exécutoire étant donné qu'elle ne vise que les sociétés apparentées dont les employés ne sont pas syndiqués.

Le juge en chef Hickman a aussi rejeté l'argument implicite de Bradco selon lequel Dobbin était dans la même situation qu'une société aux employés non syndiqués qui est totalement indépendante des membres de l'Association, affirmant que Dobbin était une société aux employés non syndiqués placée sous le contrôle et la gestion d'une société dont les employés étaient syndiqués.

Citant ensuite les propos tenus par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, relativement à la retenue dont les juges doivent faire preuve envers les arbitres et les tribunaux administratifs, le juge de première instance a conclu que la décision de l'arbitre était raisonnable et qu'il n'y avait pas lieu d'y toucher.

Cour suprême de Terre-Neuve, Cour d'appel (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 181

L'arrêt de la cour a été rédigé par le juge en chef Goodridge de Terre-Neuve (à l'opinion duquel ont souscrit les juges Gushue et Mahoney). Citant les arrêts de notre Cour *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 846, et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, la Cour d'appel a noté que les conclusions d'un conseil d'arbitrage, pourvu qu'elles soient visées par une clause privative et que le conseil ait agi dans les limites de sa compétence, ne seront modifiées que si elles sont «manifestement déraisonnables». Quoiqu'il ait affirmé qu'il puisse y avoir certains doutes quant à savoir si la décision d'un arbitre nommé en vertu de l'art. 88 de *The Labour Relations Act, 1977* de Terre-Neuve était protégée par une clause privative, le juge en chef Goodridge a conclu que cette question était sans importance en l'espèce puisque la décision de l'arbitre ne satisfaisait même pas au critère le plus strict.

In this case, the Court of Appeal found, at p. 186, that the test of unreasonableness was to be applied twice:

First of all it is applied to determine whether or not the finding that the agreement is ambiguous is patently unreasonable. Secondly, if such finding is not found to be patently unreasonable, the test is applied to determine whether or not the resolution of the ambiguity is patently unreasonable.

The Court of Appeal found that the arbitrator's determination that the meaning of the phrase "perform any work" was unclear was patently unreasonable as the term "work" was defined elaborately in the agreement, and the term "perform" had a clear meaning to which no latent ambiguity attached. The Court of Appeal also felt that the strict interpretation of Article 3.01 proposed by Bradco was not absurd because it went at least part-way towards avoiding double-breasting: "[i]t prevents Bradco from escaping its obligations under the agreement by subcontracting the work to the Dobbin company or by having the work done on its behalf by the Dobbin company" (pp. 186-87).

Even if the finding of an ambiguity had not been itself patently unreasonable, in the opinion of the Court of Appeal, the arbitrator's resolution of the ambiguity "ignores or misapplies the basic rules of interpretation" (p. 187) and thus was patently unreasonable. Stating that the function of the court is to ascertain what the parties meant by the words they have used, to declare the meaning of what is written and not what was intended to have been written, the Court of Appeal held that the language of Article 3.01 could not support the interpretation of the arbitrator, stating as follows, at p. 188:

If the name of the Dobbin company is substituted in the article it would read as follows:

"... if and when (Bradco) shall perform any work of the type covered by this agreement at the site of a con-

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a conclu, à la p. 186, qu'une double application du critère du caractère déraisonnable s'imposait:

[TRADUCTION] En premier lieu, il s'applique aux fins de déterminer si la conclusion à l'ambiguïté de la convention est manifestement déraisonnable. En second lieu, à supposer que cette conclusion ne soit pas jugée manifestement déraisonnable, le critère s'applique pour déterminer si le problème de l'ambiguïté a été résolu d'une façon manifestement déraisonnable.

La Cour d'appel a jugé que la conclusion de l'arbitre au caractère équivoque de l'expression «les travaux [...] qu'exécute» était manifestement déraisonnable puisque le terme «travaux» faisait l'objet d'une définition détaillée dans la convention et que le mot «exécute» avait un sens clair qui ne comportait aucune ambiguïté latente. La Cour d'appel a également estimé que l'interprétation stricte de l'article 3.01 que proposait Bradco n'avait rien d'absurde parce qu'elle permettait, dans une certaine mesure du moins, d'éviter l'exploitation à double volet: [TRADUCTION] «[e]lle empêche Bradco de se soustraire à ses obligations découlant de la convention en confiant des travaux en sous-traitance à la société Dobbin ou en les faisant exécuter pour son compte par cette dernière» (pp. 186 et 187).

Selon la Cour d'appel, même si la conclusion à l'existence d'une ambiguïté n'avait pas été elle-même manifestement déraisonnable, l'arbitre avait dissipé l'ambiguïté d'une façon qui [TRADUCTION] «fait abstraction des règles fondamentales de l'interprétation ou qui en constitue une application erronée» (p. 187), et qui était donc manifestement déraisonnable. Affirmant que le rôle de la cour consiste à déterminer ce qu'entendaient les parties par les mots qu'elles ont employés, à énoncer le sens du texte et non pas ce que les parties avaient l'intention d'écrire, la Cour d'appel a conclu que le texte de l'article 3.01 ne pouvait appuyer l'interprétation donnée par l'arbitre, affirmant ceci, à la p. 188:

[TRADUCTION] Si on substituait le nom de la société Dobbin dans cet article, on lirait ceci:

«... les conditions de (la présente convention) s'appliquent à tous les travaux y visés qu'exécute (Bradco)

struction contract under its own name or under the name of (N.D. Dobbin Limited), the terms and conditions of this agreement shall be applicable to all such work.”

It is clear from that article that the actor must always be Bradco whether acting in its own name or in the name of another. In this case it is clear from the award that the actor is not Bradco but the Dobbin company for it was that company which successfully tendered on the Fine Arts Building and performed the work done in respect thereof.

The Court of Appeal thus concluded that the arbitrator’s resolution of the dispute was unreasonable and went on to consider other points which it stated were not mentioned by Dr. Sullivan. With respect to the appellant’s argument that the presence of Article 2.04 dealing with subcontractors made Article 3.01 redundant if it was interpreted as the respondent suggests, the court agreed that there was a presumption against redundancy but that Article 3.01 sought to bind Bradco and companies through which it performs work while Article 2.04 sought to bind subcontractors. The Court of Appeal also rejected the submissions of the appellant that Article 3.02 was in conflict with the respondent’s position and that Article 3.04 making the collective agreement applicable to non-union businesses after May 12, 1987 supported the position that Article 3.01 was ambiguous. This latter submission was rejected on the basis that Dobbin was not a business within the scope of Article 1.01, as it was not a signatory to the agreement.

Issues

The issues raised by this appeal are the appropriate standard of review to be applied to the arbitrator’s decision given the absence of a full privative clause, the degree to which labour relations arbitrators or boards may admit and rely on extrinsic evidence to interpret a collective agreement, and lastly, whether the arbitrator erred in a reviewable manner either in finding ambiguity in Article 3 of the collective agreement or in concluding that the agreement had been breached by Bradco in the cir-

sur un chantier de construction, que ce soit sous sa propre dénomination sociale ou sous (celle de N.D. Dobbin Limited).»

Il se dégage nettement de cet article que l’acteur doit toujours être Bradco, peu importe qu’elle agisse en son propre nom ou au nom d’une autre entreprise. En l’espèce, il ressort de la sentence que l’acteur est non pas Bradco mais la société Dobbin, car c’est cette dernière qui a soumissionné avec succès les travaux de construction du Fine Arts Building et qui a exécuté ces travaux.

La Cour d’appel a donc conclu que l’arbitre avait réglé le différend d’une façon déraisonnable, puis elle a examiné d’autres points qui, a-t-elle dit, n’ont pas été mentionnés par M. Sullivan. En ce qui concerne l’argument de l’appelante selon lequel la présence de l’article 2.04 relatif aux sous-traitants ferait en sorte que l’article 3.01 serait redondant si on lui donnait l’interprétation proposée par l’intimée, la cour a convenu qu’il existait une présomption de non-redondance, mais que l’article 3.01 visait à lier Bradco et les sociétés par l’intermédiaire desquelles elle exécute des travaux, tandis que l’article 2.04 visait à lier les sous-traitants. La Cour d’appel a également rejeté les arguments de l’appelante voulant que l’article 3.02 soit inconciliable avec le point de vue de l’intimée, et que l’article 3.04, qui rendait la convention collective applicable, après le 12 mai 1987, aux entreprises dont les employés n’étaient pas syndiqués, appuie la thèse de l’ambiguïté de l’article 3.01. Ce dernier argument a été rejeté pour le motif que Dobbin n’était pas une entreprise visée par l’article 1.01, étant donné qu’elle n’était pas signataire de la convention.

Les questions en litige

Les questions qui se posent en l’espèce sont celle de la norme d’examen qu’il convient d’appliquer à la décision de l’arbitre en l’absence d’une clause privative intégrale, celle de la mesure dans laquelle des arbitres ou des conseils en matière de relations de travail peuvent admettre une preuve extrinsèque et se fonder sur elle pour interpréter une convention collective et, enfin, celle de savoir si l’arbitre a commis une erreur donnant lieu à examen, soit en concluant à l’existence d’une ambi-

cumstances. I will address each of these issues in turn.

1. *The Appropriate Standard of Review*

The Court of Appeal characterized the aspects of the arbitrator's decision under review in this case as errors of law within jurisdiction. Before commencing its analysis, the Court of Appeal raised a preliminary question as to whether the decision of the arbitrator in this case was covered by a privative clause, suggesting that if it was not, the court could apply a correctness standard of review to the arbitrator's decision.

Arbitration in this matter was a statutory requirement under the provisions of s. 88 of the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977*, which section applies only to the construction industry, and the question posed by the Court of Appeal was whether the reference in s. 88(2) to submitting a dispute for "final settlement" to arbitration meant that the arbitrator's decision could be reviewed only for jurisdictional error. The general privative clause in *The Labour Relations Act, 1977* is found in s. 18, and refers to a decision of the Labour Relations Board as being final and conclusive and not open to review, but does not refer to the decision of an arbitrator appointed under the Act. The Court of Appeal left its own question unanswered as it determined that the decision of the arbitrator failed even the most stringent test (i.e., the patently unreasonable test) and thus was reviewable.

The question posed by the Court of Appeal seems to suggest that in the absence of a full privative clause, no judicial deference is accorded the decision of an administrative tribunal. The issue is not so straightforward. The standard of review to be applied to a decision of an administrative tribunal is governed by the legislative provisions which govern judicial review, the wording of the particular statute conferring jurisdiction on the administrative body, and the common law relating to judicial review of administrative action including the

guité à l'article 3 de la convention collective, soit en concluant que, dans les circonstances, Bradco avait violé la convention. J'aborderai chacune de ces questions à tour de rôle.

1. *La norme d'examen appropriée*

La Cour d'appel a qualifié d'erreurs de droit commises dans l'exercice de sa compétence les aspects de la décision de l'arbitre qui font l'objet d'un examen en l'espèce. Avant d'entreprendre son analyse, la Cour d'appel a soulevé la question préliminaire de savoir si cette décision de l'arbitre était visée par une clause privative, laissait entendre que, si ce n'était pas le cas, la cour pourrait y appliquer la norme d'examen fondée sur la justesse ou l'absence d'erreur.

En l'espèce, l'arbitrage était prescrit par l'art. 88 de *The Labour Relations Act, 1977* de Terre-Neuve, qui ne s'applique qu'à l'industrie de la construction, et la Cour d'appel s'est demandée si lorsqu'on parle au par. 88(2) de soumettre un différend à l'arbitrage pour [TRADUCTION] «règlement final», on veut dire par là que la décision de l'arbitre ne peut être examinée que s'il y a erreur de compétence. La clause privative générale de *The Labour Relations Act, 1977* se trouve à l'art. 18 qui précise qu'une décision de la Labour Relations Board est définitive et non susceptible d'examen, sans toutefois mentionner la décision d'un arbitre nommé en vertu de la Loi. La Cour d'appel n'a pas répondu à sa propre question puisqu'elle a déterminé que la décision de l'arbitre ne satisfaisait même pas au critère le plus strict (c.-à-d. celui du caractère manifestement déraisonnable), de sorte qu'elle était susceptible d'examen.

Il semble être sous-entendu dans la question posée par la Cour d'appel qu'en l'absence d'une clause privative intégrale, les cours de justice ne font preuve d'aucune retenue à l'égard de la décision d'un tribunal administratif. La question n'est pas aussi simple. La norme d'examen à appliquer à la décision d'un tribunal administratif est régie par les dispositions législatives qui s'appliquent au contrôle judiciaire, par le texte de la loi particulière qui attribue compétence au tribunal administratif et par la common law relative au contrôle judiciaire

common law policy of judicial deference. The remedy of *certiorari* at common law and statutory provisions which provide for judicial review permit review of administrative decisions for errors of law on the face of the record. Legislative provisions conferring jurisdiction upon a tribunal often purport either to broaden the scope of judicial review by providing for a statutory right of appeal or to narrow it by invoking words of preclusive effect. Determining the appropriate standard of review, therefore, is largely a question of interpreting these legislative provisions in the context of the policy with respect to judicial deference.

The legislative provisions in question must be interpreted in light of the nature of the particular tribunal and the type of questions which are entrusted to it. On this basis, the court must determine what the legislator intended should be the standard of review applied to the particular decision at issue, having due regard for the policy enunciated by this Court that, in the case of specialized tribunals, decisions upon matters entrusted to them by reason of their expertise should be accorded deference. The statutory provisions to be interpreted in this manner range from "true" privative clauses which clearly and specifically purport to oust all judicial review of decisions rendered by the tribunal (such as that in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048) to clauses which provide for a full right of appeal on any question of law or fact and which allow the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal (as in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321).

Where the relevant legislative provision is a true privative clause, judicial review is limited to errors of jurisdiction resulting from an error in interpreting a legislative provision limiting the tribunal's powers or a patently unreasonable error on a ques-

des mesures administratives, dont le principe de common law de la retenue judiciaire. Le recours au *certiorari*, qui existe en common law, ainsi que les dispositions législatives prévoyant le contrôle judiciaire permettent d'examiner des décisions administratives qui, à première vue, sont entachées d'une erreur de droit. Les dispositions législatives attributives de compétence à un tribunal ont souvent pour objet soit d'élargir la portée du contrôle judiciaire en prescrivant un droit d'appel, soit de la restreindre au moyen de termes ayant pour effet d'écarter ce contrôle. La détermination de la norme d'examen appropriée consiste donc dans une large mesure à interpréter ces dispositions législatives dans le contexte de la politique relative à la retenue judiciaire.

Les dispositions législatives en question doivent s'interpréter en fonction de la nature du tribunal particulier dont il s'agit et du type de questions dont il peut connaître. Dans cette optique, la cour doit déterminer quelle norme d'examen le législateur a-t-il voulu rendre applicable à la décision particulière en cause, en tenant compte du principe énoncé par notre Cour, selon lequel, dans le cas de tribunaux spécialisés, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des décisions qu'ils rendent sur les questions qui leur sont soumises en raison de leur expertise. Les dispositions législatives qui doivent être interprétées de cette façon vont des «véritables» clauses privatives qui ont manifestement et explicitement pour objet d'écarter tout contrôle judiciaire des décisions rendues par le tribunal (comme celle dont il est question dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048), jusqu'aux clauses qui prescrivent un plein droit d'appel sur toute question de droit ou de fait et qui autorisent la cour de justice qui procède à l'examen à substituer son opinion à celle du tribunal administratif (comme dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321).

Si la disposition législative pertinente est une véritable clause privative, le contrôle judiciaire se limite aux erreurs de compétence résultant d'une erreur d'interprétation d'une disposition législative limitant les pouvoirs du tribunal ou d'une erreur

tion of law otherwise within the tribunal's jurisdiction. The tests for identifying such errors are set out in *Bibeault* and affirmed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614 ("PSAC No. 1"), and most recently in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 ("PSAC No. 2"). In the presence of a full privative clause, judicial review exists not by reason of the wording of the statute (which is, of course, fully preclusive) but because as a matter of constitutional law judicial review cannot be ousted completely: see *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.

Although their preclusive effect may be less obvious than that of the true privative clause, other forms of clauses purporting to restrict review may also have privative effect. Wording such as "final and conclusive" and the like may be found to restrict review to matters of jurisdiction if the court concludes that, taking into account the factors referred to above, the legislator clearly intended that the decision should be immune from review in the absence of an error as to jurisdiction. Such was the case in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, in which this Court found privative effect in a clause which provided that the tribunal's decision, with certain limited exceptions, was "final and conclusive". See also the comments of Gonthier J. in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1744.

Section 88(2) falls somewhere between a full privative clause and a clause providing for full review by way of appeal. While it does not provide that the decision of the arbitrator is protected from review on any ground of law or fact, it similarly does not provide specifically for appeal or review on these grounds. It simply provides that the arbi-

manifestement déraisonnable commise relative-
ment à une question de droit qui relève par ailleurs
de la compétence du tribunal. Les critères appli-
cables pour reconnaître de telles erreurs sont
énoncés dans l'arrêt *Bibeault* et confirmés dans
l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de
la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S.
614 («AFPC n° 1»), et, tout récemment, dans l'ar-
rêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la
Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S.
941 («AFPC n° 2»). Lorsqu'il y a une clause priva-
tive intégrale, le contrôle judiciaire existe non pas
en raison du texte de la loi (qui, évidemment,
l'écarte complètement), mais parce que, du point
de vue du droit constitutionnel, le contrôle judi-
ciaire ne peut pas être totalement écarté: voir l'ar-
rêt *Crevier c. Procureur général du Québec*,
[1981] 2 R.C.S. 220.

Bien que leur effet d'exclusion puisse être
moins évident que celui des véritables clauses pri-
vatives, d'autres formes de clauses ayant pour
objet de limiter l'examen peuvent également avoir
un effet privatif. On peut décider que des termes
comme «final et sans appel» et d'autres termes
semblables limitent l'examen aux questions de
compétence si la cour conclut que, eu égard aux
facteurs susmentionnés, le législateur a manifeste-
ment voulu que la décision échappe à l'examen en
l'absence d'une erreur de compétence. Tel était le
cas dans l'affaire *National Corn Growers Assn. c.
Canada (Tribunal des importations)*, [1990]
2 R.C.S. 1324, où notre Cour a conclu à l'effet pri-
vatif d'une clause prévoyant que, sous réserve de
certaines exceptions limitées, la décision du tribu-
nal était «définitive». Voir aussi les observations
du juge Gonthier dans l'arrêt *Bell Canada c.
Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télé-
communications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S.
1722, à la p. 1744.

Le paragraphe 88(2) se situe quelque part entre
une clause privative intégrale et une clause prescri-
vant un examen complet par voie d'appel. Même
s'il ne prévoit pas que la décision de l'arbitre
échappe à tout examen fondé sur un motif quel-
conque de droit ou de fait, il ne prévoit pas expres-
sément non plus un appel ou un examen fondé sur

trator's decision will amount to final settlement of the dispute. The question is what the legislature intended by the use of this phrase, and specifically whether the phrase mandates the deference of the court to the particular decision made by the arbitrator in this case.

The first point to be made is that the word "final" will not always imply an intended restriction on judicial review. Most statutes which confer rights of appeal from the judgment at trial of a court do so in terms of a final judgment of that court. In that context, the word "final" refers to the fact that the issue as between the parties has been settled and no further steps need be taken for the decision to qualify as a determination of the rights of the parties. In other words, the ruling is not an interim one. The appellate court is not, however, precluded from reviewing this final judgment for errors of law. Whether or not the word "final" should be interpreted in any particular case as conveying an intention to preclude or restrain judicial review requires an analysis of the provision in light of the purpose, nature and expertise of the tribunal to the decision of which it refers. These factors are similar to those referred to in *Bibeault, supra*, and their application is characterized as the functional approach. It was applied more recently by this Court in *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230.

The provision in the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977* mandating the referral to an arbitrator of grievances arising out of a collective agreement empowers the arbitrator to decide disputes relating to the collective agreement. The goal of mandatory arbitration is to arrive at an efficient and cost-effective manner of resolving disputes which will enable the parties to continue in their ongoing working relationship to the greatest extent possible. As an unlimited scope of judicial review of an arbitrator's decision would thwart the achievement of this goal, the words "final settle-

ces motifs. Il dispose simplement que la décision de l'arbitre constitue un règlement final du différend. La question est de savoir quelle était l'intention du législateur en employant ce terme et, plus précisément, de savoir si ce terme commande la retenue judiciaire à l'égard de la décision rendue par l'arbitre en l'espèce.

Il faut souligner d'abord que le mot «final» n'implique pas toujours l'intention de restreindre le contrôle judiciaire. Dans la plupart des lois attributives du droit d'interjeter appel d'un jugement de première instance d'une cour de justice, ce droit porte sur le jugement final de ladite cour. Dans ce contexte, le mot «final» renvoie au fait que la question en litige entre les parties a été tranchée et qu'aucune autre mesure n'a à être prise pour que la décision puisse être considérée comme déterminant les droits des parties. Autrement dit, il ne s'agit pas d'une décision provisoire. Rien n'empêche toutefois le tribunal d'appel de contrôler ce jugement final s'il renferme des erreurs de droit. Pour savoir s'il convient dans un cas donné d'interpréter le mot «final» comme manifestant l'intention d'écarter ou de restreindre le contrôle judiciaire, il faut analyser la disposition à la lumière de l'objet, de la nature et de l'expertise du tribunal dont la décision est mentionnée. Ces facteurs sont semblables à ceux mentionnés dans l'arrêt *Bibeault*, précité, et leur application est qualifiée d'analyse fonctionnelle. Notre Cour les a appliqués plus récemment dans l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230.

La disposition de *The Labour Relations Act, 1977* de Terre-Neuve, qui prescrit l'arbitrage des griefs découlant d'une convention collective, habilite l'arbitre à régler les différends relatifs à cette convention. L'arbitrage obligatoire vise à régler les différends d'une manière efficace et rentable qui permettra aux parties de maintenir autant que possible leurs relations de travail normales. Comme ce but ne pourrait être atteint si aucune limite n'était imposée à l'examen de la décision d'un arbitre, il faut voir dans l'expression «règlement final» une manifestation de l'intention du législateur d'assu-

ment” must be taken to indicate the legislature’s intention that the courts exercise some restraint in this area.

Along with the rationale for its existence, the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal’s decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal’s enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada, supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

On the other side of the coin, a lack of relative expertise on the part of the tribunal *vis-à-vis* the particular issue before it as compared with the reviewing court is a ground for a refusal of deference. This point was made by this Court in *Zurich, supra*, at p. 338, with respect to findings of law made by human rights tribunals (albeit in the context of an extremely broad review clause):

In spite of the ability to overturn decisions of the Board on findings of fact, this Court has indicated that some curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties (see *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, *Etobicoke, supra*, at p. 211). While curial deference will apply to findings of fact, which the Board of Inquiry may have been in a better position to determine, such deference will not apply to findings of law in which the Board has no particular expertise.

A similar conclusion has been reached with respect to deference to human rights tribunals on questions of law by a majority of this Court in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R.

rer une certaine retenue de la part des cours de justice dans ce domaine.

Outre la raison d’être du tribunal, son expertise est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l’intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l’égard de la décision d’un tribunal en l’absence d’une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l’examen par voie d’appel, comme c’était le cas dans l’affaire *Bell Canada*, précitée, on a souligné qu’il y avait lieu pour le tribunal d’appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Par contre, lorsque, comparativement au tribunal d’examen, le tribunal administratif manque d’expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue. C’est ce qu’a affirmé notre Cour à la p. 338 de l’arrêt *Zurich*, précité, au sujet des conclusions de droit tirées par les tribunaux des droits de la personne (quoique ce fut dans le contexte d’une clause d’examen extrêmement générale):

Malgré la possibilité d’infirmier les décisions de la commission relativement aux conclusions de fait, notre Cour a indiqué qu’un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n’existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions (voir les arrêts *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, et *Etobicoke*, précité, à la p. 211). Bien que le principe de la retenue judiciaire s’applique aux conclusions de fait, que la commission pouvait être en meilleure position de trancher, il ne s’applique pas relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas de son champ d’expertise particulier.

Dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, tel qu’énoncé dans les motifs du juge La Forest adoptés par le juge en chef Lamer, notre Cour, à la majorité, a tiré une conclusion semblable quant à la retenue dont il convient de faire preuve envers les tribunaux des

554, as set out in the reasons of La Forest J., adopted by Lamer C.J.

With respect to decisions made by a labour arbitrator which are outside his core area of expertise, the words of Laskin C.J. in *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, *supra*, are apposite. Although he dissented on the appropriate standard of review and was the most generous of the judges with respect to curial deference, the former Chief Justice nonetheless regarded the construction of a statute as being an exception to the normal position of deference to an arbitrator. He stated as follows, at pp. 848-49:

To me the threshold question is the scope of review of the decision of the arbitration board to which was referred the employers' claim for damages for an allegedly unlawful strike. Although review of the arbitration board's decision for error of law on the face of the record is open in the absence of a privative statutory provision, the concept of error of law is a very elusive one where it turns on the interpretation of words of a collective agreement which are involved in the arbitration. That is why courts generally, and certainly this Court, have taken the position that if the arbitration board has given the relevant words of the collective agreement an interpretation which those words could reasonably bear, they will not interfere with the arbitration board's determination.

There are two limitations on the policy of non-interference. The first is where a question of jurisdiction is involved, and the second is where a statute falls to be construed by the board of arbitration. . . . [Emphasis added.]

As these words indicate, the rationale for deferring to an arbitrator's interpretation of a collective agreement does not necessarily apply to afford deference to a finding of law made by the arbitrator, when this involves interpretation of a statute or a rule of the common law. Generally, these are not matters within the expertise of the arbitrator, and in the absence of legislative intention that deference should be paid to findings of law made by an arbitrator, such findings would be reviewable on a standard of correctness. In this regard, a distinction can be drawn between arbitrators, appointed on an

droits de la personne en ce qui concerne les questions de droit.

Pour ce qui est des décisions rendues par un arbitre en matière de relations de travail qui débordent de son domaine d'expertise fondamental, les propos tenus par le juge en chef Laskin dans *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel Ltd.*, précité, sont pertinents. Bien qu'il ait été dissident sur la question de la norme d'examen appropriée et qu'il ait été le plus libéral des juges relativement à la retenue judiciaire, l'ancien Juge en chef a néanmoins considéré l'interprétation d'une loi comme constituant une exception à l'attitude normale de retenue envers un arbitre. Il affirme ce qui suit, aux pp. 848 et 849:

À mon avis, il s'agit principalement de fixer les limites du pouvoir d'examen de la sentence du conseil d'arbitrage qui a entendu la demande de dommages-intérêts des employeurs pour ce qu'ils prétendent être une grève illégale. Même si, en l'absence de disposition légale l'interdisant, on peut procéder à l'examen de la sentence du conseil d'arbitrage pour erreur de droit apparente au dossier, le concept même d'erreur de droit est difficile à cerner lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes d'une convention collective, qui sont soumis à l'arbitrage. C'est pourquoi les tribunaux en général, et certainement cette Cour, préfèrent ne pas modifier la sentence du conseil d'arbitrage si ce dernier a donné aux termes de la convention collective une interprétation acceptable.

Ce principe connaît deux restrictions, lorsqu'une question de compétence est en cause et lorsqu'il incombe au conseil d'arbitrage d'interpréter une loi . . . [Je souligne.]

Comme l'indique ce passage, ce qui justifie la retenue à l'égard de l'interprétation donnée par un arbitre à une convention collective ne s'applique pas nécessairement pour faire bénéficier de la même retenue une conclusion de droit tirée par l'arbitre, lorsque cela comporte l'interprétation d'une loi ou d'une règle de common law. En général, ces questions ne relèvent pas de l'expertise de l'arbitre et, à moins que le législateur n'ait voulu que l'on fasse preuve de retenue à l'égard des conclusions de droit d'un arbitre, celles-ci peuvent faire l'objet d'un examen selon la norme de l'ab-

ad hoc basis to decide a particular dispute arising under a collective agreement, and labour relations boards responsible for overseeing the ongoing interpretation of legislation and development of labour relations policy and precedent within a given labour jurisdiction. To the latter, and other similar specialized tribunals responsible for the regulation of a specific industrial or technological sphere, a greater degree of deference is due their interpretation of the law notwithstanding the absence of a privative clause.

In a number of past decisions, this Court has indicated that judicial deference should be accorded to the decisions of arbitrators interpreting a collective agreement even in the absence of a privative clause. For example, in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, Estey J. commented, at p. 275, with the rest of the Court concurring on this point, that:

the law of review has evolved, even in the absence of a privative clause, to a point of recognition of the purpose of contractually-rooted statutory arbitration: namely, the speedy, inexpensive and certain settlement of differences without interruption of the work of the parties. The scope of review only mirrors this purpose if it concerns itself only with matters of law which assume jurisdictional proportions.

Although this passage might be taken to suggest that an arbitrator's decision on any question of law may be immune from review, I am of the view that it refers to questions of law in interpreting the collective agreement and not the interpretation of a statute or a rule of common law. I am uncertain as to what is meant by "jurisdictional proportions" in this context as there is no privative clause requiring that the jurisdictional limits of the tribunal be ascertained in order to determine whether a particular decision is immune from review. I assume, however, that Estey J. was merely following the language of *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("CUPE"), and like cases of the time which did involve privative clauses, and that what

sence d'erreur. À cet égard, on peut faire une distinction entre les arbitres *ad hoc* nommés pour régler un différend particulier découlant d'une convention collective et les commissions des relations de travail chargées de surveiller l'interprétation permanente de textes législatifs et d'établir des politiques et précédents en matière de relations du travail dans un ressort donné. Il faut faire preuve, en ce qui concerne ces commissions et d'autres tribunaux spécialisés chargés de régler un domaine industriel ou technologique précis, d'une plus grande retenue à l'égard de leur interprétation de la loi, et ce, malgré l'absence de clause privative.

Dans un certain nombre d'arrêts antérieurs, notre Cour a indiqué que les tribunaux devraient faire preuve de retenue à l'égard des décisions arbitrales qui interprètent une convention collective, même en l'absence de clause privative. Par exemple, dans l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, aux pp. 275 et 276, le juge Estey fait l'observation suivante, à laquelle souscrit le reste de la Cour:

... le droit relatif au contrôle judiciaire a évolué, même en l'absence de clause privative, au point où l'on reconnaît l'objectif de l'arbitrage prévu par la loi mais d'origine contractuelle, soit le règlement rapide, sûr et peu coûteux des différends sans interruption du travail des parties. L'étendue du pouvoir de révision ne fait que refléter cet objectif s'il ne s'intéresse qu'aux questions de droit à incidences juridictionnelles ...

Même s'il était possible de conclure de ce passage que la décision d'un arbitre sur toute question de droit peut échapper à l'examen, j'estime qu'il vise les questions de droit qui se posent en interprétant la convention collective et non l'interprétation d'une loi ou d'une règle de common law. Je ne suis pas certain du sens de l'expression «incidences juridictionnelles» dans ce contexte, étant donné l'absence de clause privative exigeant que les limites de la compétence du tribunal soient déterminées afin de décider si une décision particulière échappe à l'examen. Je suppose toutefois que le juge Estey ne faisait que reprendre les termes employés dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979]

he is referring to is the policy of deference with respect to matters relating to the interpretation of collective agreements which is the stuff of the “differences” to which he refers.

A similarly deferential approach based on the purpose of arbitration was taken in *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178, at p. 214. In that case, a majority of this Court applied the patently unreasonable test to the decision of an arbitrator appointed pursuant to a collective agreement, even though this was consensual rather than statutory arbitration and there was no privative clause *per se*. Noting that neither of the parties to the agreement had any choice but to have a grievance arbitrated, Pigeon J. stressed, at p. 214, that:

[o]n the other hand, the arbitration is not meant to be an additional step before the matter goes before the courts, the decision is meant to be final. It is therefore imperative that decisions on the construction of a collective agreement not be approached by asking how the Court would decide the point but by asking whether it is a “patently unreasonable” interpretation of the agreement.

The operation of this interpretive approach which takes account of the nature and purpose of the tribunal and its expertise was also demonstrated in the context of a labour relations board in *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923. In that case, although the privative clause was weak, making explicit provision for review, and *certiorari* was expressly allowed under the legislation, Laskin C.J. held that the clause was nonetheless sufficiently explicit for the courts to show reserve, and to restrain review solely to patently unreasonable errors. Laskin C.J. concluded, at p. 931, as follows:

Here the Public Service Employee Relations Board is operating in its home territory, so to speak. It was con-

2 R.C.S. 227 («SCFP»), et dans des arrêts analogues datant de la même époque, où des clauses privatives étaient effectivement en cause, et qu’il faisait allusion à la politique de retenue à l’égard des questions touchant l’interprétation de conventions collectives, qui est à l’origine des «différends» qu’il évoque.

Le même genre de retenue fondée sur l’objet de l’arbitrage a été adoptée dans l’arrêt *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, à la p. 214. Dans cette affaire, notre Cour à la majorité a appliqué le critère du caractère manifestement déraisonnable à la décision d’un arbitre nommé en vertu d’une convention collective, même s’il s’agissait d’un arbitrage consensuel plutôt que légal et qu’il n’y avait aucune clause privative proprement dite. Faisant remarquer que ni l’une ni l’autre partie n’avait d’autre choix que de soumettre un grief à l’arbitrage, le juge Pigeon a souligné, à la p. 214, que:

[p]ar ailleurs, l’arbitrage n’est pas prescrit comme une étape préalable à la présentation de la question aux tribunaux, on veut que la décision soit finale. Il est donc impératif de ne pas aborder les décisions sur l’interprétation des conventions collectives en se demandant comment la Cour trancherait la question, mais en se demandant s’il s’agit d’une interprétation [TRADUCTION] «manifestement déraisonnable» de la convention.

Cette méthode d’interprétation, qui tient compte de la nature et de l’objet du tribunal et de son expertise, a également été appliquée dans le contexte d’une commission des relations de travail dans l’arrêt *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d’administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923. Dans cette affaire, en dépit de la faiblesse de la clause privative qui prévoyait explicitement l’examen, et malgré le fait que la Loi autorisait expressément le recours au *certiorari*, le juge en chef Laskin a statué que la clause était néanmoins suffisamment explicite pour que les cours de justice fassent preuve de retenue et qu’elles limitent l’examen aux seules erreurs manifestement déraisonnables. Le juge en chef Laskin a conclu, à la p. 931:

Ici, la Commission agit, pour ainsi dire, dans les limites de sa compétence. Elle était saisie de l’interprétation et

cerned with the interpretation and application of provisions confided by its constituent Act to its exclusive administration, with its decision stated to have final and conclusive effect. In such circumstances, the proper approach by a reviewing court is not the blunt substitution of judicial opinion for the views of the Board but rather that expressed by Dickson J. in [CUPE], where he formulated the issue of scope of review as follows:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

Taking into account the relevant factors of statutory wording, expertise and the purpose of the tribunal, I am of the opinion that the legislator did not intend by s. 88(2) to restrict judicial review of the decisions of the arbitrator except as to jurisdictional matters. Judicial deference to the decision of the arbitrator is nonetheless warranted here. In this case, the decision of the arbitrator is questioned on two bases: first, his conclusion that the collective agreement, and Article 3.01 specifically, was unclear and ambiguous, and second, his conclusion that, properly interpreted, Article 3.01 applied to the contract bid by Dobbin. The questions to be resolved in coming to these conclusions involved the interpretation of the collective agreement and its application to a particular factual situation—matters which constitute the core area of an arbitrator's expertise. Combined with the purpose and wording of s. 88, which confers upon the arbitrator exclusive jurisdiction to come to a final settlement of disputes arising out of the interpretation or application of the collective agreement, the arbitrator's relative expertise mandates that the court defer to the decision of the arbitrator in this case unless his decision is found to be patently unreasonable. The issue as to whether there are some decisions of an arbitrator on other questions of law not restricted to the interpretation of the collective agreement which are also immune from review may be left for another day.

de l'application de dispositions que sa loi constitutive lui confie de façon exclusive, en précisant que ses décisions sont définitives et péremptoires. Dans de telles circonstances, l'attitude appropriée que doit adopter une cour de révision ne consiste pas à substituer carrément son avis judiciaire à celui de la Commission, mais est plutôt celle que définit le juge Dickson dans l'arrêt [SCFP], quand il énonce la question de la portée de la révision en ces termes:

... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

Compte tenu des facteurs pertinents que sont le texte de la loi, de même que l'expertise et l'objet du tribunal, je suis d'avis que le législateur n'a pas voulu, au par. 88(2), restreindre le contrôle judiciaire des décisions de l'arbitre sauf en ce qui concerne les questions de compétence. La retenue judiciaire à l'égard de la décision de l'arbitre est néanmoins justifiée ici. En l'espèce, la décision de l'arbitre est contestée à deux égards: il y a d'abord sa conclusion que la convention collective et, en particulier, son article 3.01, était équivoque et ambiguë, et ensuite, sa conclusion que cet article, bien interprété, s'appliquait au contrat soumis par Dobbin. Les questions à résoudre pour arriver à ces conclusions comportaient l'interprétation de la convention collective et son application à une situation factuelle particulière — des sujets qui constituent le domaine d'expertise fondamental d'un arbitre. Si on la conjugue à l'objet et au texte de l'art. 88 qui confère à l'arbitre une compétence exclusive pour régler définitivement les différends qui découlent de l'interprétation ou de l'application de la convention collective, l'expertise relative de l'arbitre exige qu'une cour de justice fasse preuve de retenue à l'égard de la décision de l'arbitre en l'espèce, à moins que celle-ci ne soit jugée manifestement déraisonnable. Nous pouvons attendre une autre occasion pour aborder la question de savoir si certaines décisions d'un arbitre sur d'autres questions de droit non limitées à l'interprétation de la convention collective échappent également à l'examen.

The Standard Adopted in the Court of Appeal

The Court of Appeal defined the patently unreasonable test in the following manner, at pp. 185-86:

In an ordinary appeal on a question of law, the decision of a trial judge may be heard by a number of judges at different appeal levels. During the progress of a matter through appellate courts, there may be decisions rendered which either dissent from or conflict with the ultimate decision; there may be on the other hand either unanimity or a marked absence of disagreement with the ultimate decision. In the first case the decision of the trial judge, if overruled, may be said to be reasonable though wrong. In the second case, the decision of the trial judge, if overruled, may be said to be patently unreasonable.

One test that might be used therefore is an assessment of how the award, if it had been appealable, might have fared during the appeal process. Is it a decision that would have been overruled during that process but not without dissent and conflict or is it a decision that would have been overruled with a marked degree of condemnation by all or a large majority of those sitting on appeal?

This characterization of the test seems to suggest that the decision of the arbitrator is patently unreasonable if the judges of the Court of Appeal are unanimously or even mostly of a view that his decision was wrong. This looks to be very similar to a correctness standard, and is distinguishable from full appellate review only on the basis of the number of judges who need disagree with the arbitrator's decision. This is clearly not the standard of review which has been enunciated by this Court over the past decade and is not in keeping with the rationale behind curial deference.

Once it has been determined that curial deference to a particular decision of a tribunal is appropriate, the tribunal has the right to be wrong, regardless of how many reviewing judges disagree with its decision. A patently unreasonable error is more easily defined by what it is not than by what it is. This Court has said that a finding or decision of a tribunal is not patently unreasonable if there is

La norme adoptée en Cour d'appel

La Cour d'appel définit ainsi le critère du caractère manifestement déraisonnable, aux pp. 185 et 186:

[TRADUCTION] Dans le cas d'un appel ordinaire sur une question de droit, la décision d'un juge de première instance peut être examinée par plusieurs juges à différents paliers d'appel. Au cours du cheminement de l'affaire devant les tribunaux d'appel, des décisions qui diffèrent de la décision ultime ou qui entrent en conflit avec celle-ci pourront être rendues; par ailleurs, il pourra y avoir unanimité ou une nette absence de désaccord. Dans le premier cas, si la décision du juge de première instance est infirmée, on pourra dire qu'elle est raisonnable quoique erronée. Dans le second cas, si la décision du juge de première instance est infirmée, on pourra dire qu'elle est manifestement déraisonnable.

Un critère pourrait donc consister à déterminer quel aurait été le sort de la sentence si elle avait pu être portée en appel. S'agit-il d'une décision qui aurait été infirmée en appel, mais non sans dissidence et désaccord, ou s'agit-il d'une décision qui aurait été infirmée et dans une large mesure réprouvée par tous les juges d'appel ou par la grande majorité d'entre eux?

Cette formulation du critère semble laisser entendre que la décision de l'arbitre est manifestement déraisonnable si les juges de la Cour d'appel estiment unanimement ou même majoritairement que sa décision est erronée. Cela ressemble beaucoup à une norme de justesse ou d'absence d'erreur et ne se distingue de l'examen complet en appel que par le nombre de juges qui doivent rejeter la décision de l'arbitre. Il est évident qu'il ne s'agit pas là de la norme d'examen que notre Cour a énoncée au cours de la dernière décennie et que cela ne concorde nullement avec la raison d'être de la retenue judiciaire.

Dès qu'on décide qu'il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard d'une décision particulière d'un tribunal, celui-ci a le droit de se tromper, indépendamment du nombre de juges chargés de procéder à l'examen qui désapprouvent sa décision. L'erreur manifestement déraisonnable se définit plus aisément en fonction de ce qu'elle n'est pas plutôt que de ce qu'elle est. Notre Cour a

any evidence capable of supporting the decision even though the reviewing court may not have reached the same conclusion (*Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at pp. 687-88), or, in the context of a collective agreement, so long as the words of that agreement have not been given an interpretation which those words cannot reasonably bear (*Bradburn, supra, per Laskin C.J.*, at p. 849). What these statements mean, in my view, is that the court will defer even if the interpretation given by the tribunal to the collective agreement is not the "right" interpretation in the court's view nor even the "best" of two possible interpretations, so long as it is an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement. Or, as stated by Dickson J. in *CUPE*, at p. 237:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

See also *PSAC No. 2* (reasons of Cory J.).

Before applying the patently unreasonable test, as defined above, to the arbitrator's interpretation of the collective agreement, it is necessary to address the issue of the admission of extrinsic evidence, in the form of the Harris report, in this case.

2. The Admission of Extrinsic Evidence

The general rule prohibiting the use of extrinsic evidence to interpret collective agreements originates from the parol evidence rule in contract law. The rule developed from the desire to have finality and certainty in contractual obligations. It is generally presumed that when parties reduce an agreement to writing they will have included all the necessary terms and circumstances and that the intention of the parties is that the written contract is to be the embodiment of all the terms. Furthermore, the rule is designed to prevent the use of

dit qu'une conclusion ou une décision d'un tribunal n'est pas manifestement déraisonnable s'il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier, même si elle ne correspond pas à la conclusion qu'aurait tirée la cour chargée de procéder à l'examen (*Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, aux pp. 687 et 688), ou, dans le contexte d'une convention collective, dans la mesure où les termes de celle-ci n'ont pas été interprétés d'une façon acceptable (*Bradburn*, précité, le juge en chef Laskin, à la p. 849). Ces affirmations signifient, selon moi, que la cour de justice fera preuve de retenue même si, à son avis, l'interprétation qu'a donnée le tribunal à la convention collective n'est pas la «bonne» ni même la «meilleure» de deux interprétations possibles, pourvu qu'il s'agisse d'une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention. Ou, comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *SCFP*, à la p. 237:

... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

Voir aussi l'arrêt *AFPC n° 2* (motifs du juge Cory).

Avant d'appliquer à l'interprétation donnée à la convention collective par l'arbitre le critère du caractère manifestement déraisonnable ci-dessus défini, il faut se pencher sur la question de l'admission de la preuve extrinsèque que constitue en l'espèce le rapport Harris.

2. L'admission de la preuve extrinsèque

La règle générale interdisant l'utilisation d'une preuve extrinsèque pour interpréter des conventions collectives tire son origine de la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque en droit des contrats. Cette règle découle de la volonté que les obligations contractuelles soient définitives et certaines. On présume généralement que, lorsque les parties mettent un accord par écrit, elles y incluent toutes les conditions et détails nécessaires et elles veulent que le contrat écrit renferme la totalité des conditions. En outre, la règle est destinée à empê-

fabricated or unreliable extrinsic negotiations to attack formal written contracts.

One of the exceptions to the parol evidence rule has always been that where there is ambiguity in the written contract itself, extrinsic evidence may be admitted to clarify the meaning of the ambiguous term. (See *Leggatt v. Brown* (1899), 30 O.R. 225 (Div. Ct.)) However, determining when one falls within the scope of this exception is far from easy, as even what can be said to constitute a patent ambiguity is unclear. Some authorities have held that there must be more than the arguability of different constructions of the agreement (*Re Milk & Bread Drivers, Local 647, and Silverwood Dairies Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 406), while others suggest that the appropriate test is a lack of clear preponderance of meaning stemming from the words and structure of the agreement (*Re Int'l Ass'n of Machinists, Local 1740, and John Bertram & Sons Co.* (1967), 18 L.A.C. 362). An ambiguity is to be distinguished from an inaccuracy, a novel result or a mere difficulty in construction. There is also the issue of whether an ambiguity need be a patent one to warrant the introduction of extrinsic evidence or whether a latent ambiguity involving the uncertain application of otherwise clear words to the facts of the case is sufficient. If a latent ambiguity is taken to be sufficient, the further question arises as to whether extrinsic evidence may be introduced for the purpose of determining the existence of the ambiguity. The difficulties faced by courts of law in resolving these issues are magnified in the case of arbitrators charged with the interpretation and application of a collective agreement, as these individuals are often not only untrained in the law themselves but are required to adjudicate upon arguments made by lay persons.

In this case, Dr. Sullivan, the arbitrator, admitted without objection the Harris report, which was a report of a conciliator who settled a strike involving the employers who were parties to this collective agreement and the union. The mediator's report was the basis for the settlement

cher l'utilisation de négociations extrinsèques fabriquées ou douteuses pour attaquer des contrats écrits en bonne et due forme.

Il a toujours été fait exception à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque lorsque le contrat écrit lui-même comporte une ambiguïté, auquel cas des éléments de preuve extrinsèques peuvent être admis pour clarifier le sens du terme ambigu. (Voir *Leggatt c. Brown* (1899), 30 O.R. 225 (Cour div.)) Cependant, il est loin d'être facile de déterminer quand s'applique cette exception, car on ne sait même pas clairement ce qui peut être qualifié d'ambiguïté manifeste. Dans certaines décisions, on a conclu qu'il ne suffit pas que différentes interprétations de l'accord soient soutenables (*Re Milk & Bread Drivers, Local 647, and Silverwood Dairies Ltd.* (1969), 20 L.A.C. 406) alors que, d'après d'autres décisions, le critère approprié est celui de l'absence d'un sens nettement prépondérant qui se dégage du texte et de l'économie de l'accord (*Re Int'l Ass'n of Machinists, Local 1740, and John Bertram & Sons Co.* (1967), 18 L.A.C. 362). Il faut distinguer l'ambiguïté de l'inexactitude, du résultat inédit ou de la simple difficulté d'interprétation. Il y a aussi la question de savoir si l'ambiguïté doit être manifeste pour justifier la production d'une preuve extrinsèque ou s'il suffit qu'il y ait une ambiguïté latente comportant l'application incertaine de mots par ailleurs non équivoques aux faits de l'affaire. Si une ambiguïté latente est jugée suffisante, il faut alors se demander en outre si une preuve extrinsèque peut être produite pour établir l'existence de l'ambiguïté. Les difficultés auxquelles font face les cours de justice en réglant ces questions s'accroissent dans le cas d'arbitres chargés d'interpréter et d'appliquer une convention collective, car, souvent, non seulement ces personnes n'ont-elles pas de formation juridique, mais encore elles sont appelées à se prononcer sur des arguments présentés par des profanes.

En l'espèce, l'arbitre, M. Sullivan, a admis sans objection le rapport Harris qui était le rapport d'un conciliateur qui avait réglé une grève déclenchée par le syndicat contre les employeurs parties à la convention collective en cause. Le rapport du médiateur, qui a servi de base au règlement de la

of the strike and was accepted by the parties to the agreement. It contained a strong recommendation against double-breasting.

In oral argument, the respondent clarified that it does not contest the admission of the Harris report nor the decision of the arbitrator to accept it. Counsel for the respondent further conceded that the arbitrator could conclude from the report that Article 3 was designed to preclude the practice of double-breasting. It was the use made of the report with which the respondent took issue. Submitting that the arbitrator's finding of ambiguity in Article 3 was patently unreasonable, the respondent argued that the parties expressed their intention clearly in the collective agreement and the arbitrator was obliged to give effect to this interpretation even if it conflicted with the extrinsic evidence. In view of the fact that the respondent's concessions relate to an issue of law involving a provision that is common to many labour relations statutes, I would not wish to decide this matter without considering whether the respondent's concessions on the above points were proper ones to make. I, therefore, propose to examine these concessions.

Section 84(1) of *The Labour Relations Act, 1977* provides that the arbitrator may receive and accept such evidence as he deems advisable whether or not it would be admissible in a court of law. By s. 84(1), the legislator has specifically indicated that the arbitrator need not concern himself with the common law rules governing the admission of extrinsic evidence, including the debate as to whether an ambiguity need be patent or latent or even exists at all. In dealing with a similar provision in the Ontario *Labour Relations Act*, the Ontario Court of Appeal stated in *Re Noranda Metal Industries Ltd., Fergus Division and I.B.E.W., Local 2345* (1983), 44 O.R. (2d) 529, that the provision was designed "to permit an arbitrator to rely on relevant evidence even where such evidence is not admissible in a court of law" (p. 538). While provisions such as these do not oust judicial review completely, they enable the arbitrator to relax the rules of evidence. This reflects the fact that arbitra-

grève et qui a été accepté par les parties à la convention, déconseillait fortement le recours à la pratique de l'exploitation à double volet.

L'intimée a précisé, dans sa plaidoirie, qu'elle ne conteste ni l'admission du rapport Harris ni la décision de l'arbitre de l'accepter. De plus, l'avocat de l'intimée a reconnu que l'arbitre pouvait conclure du rapport que l'article 3 visait à empêcher la pratique de l'exploitation à double volet. C'est contre l'usage qu'on a fait du rapport que s'est insurgée l'intimée. Alléguant le caractère manifestement déraisonnable de la conclusion de l'arbitre à l'ambiguïté de l'article 3, l'intimée a fait valoir que les parties avaient clairement exprimé leur intention dans la convention collective et que l'arbitre était tenu de mettre à exécution cette intention, même si elle était incompatible avec la preuve extrinsèque. Étant donné que les concessions de l'intimée se rapportent à une question de droit touchant une disposition qui figure dans bien des lois en matière de relations de travail, je ne tiendrais pas à trancher cette question sans examiner si les concessions que l'intimée a faites sur les points susmentionnés étaient celles qu'il fallait faire. Je me propose donc d'examiner ces concessions.

Le paragraphe 84(1) de *The Labour Relations Act, 1977* prévoit que l'arbitre peut recevoir et accepter les éléments de preuve qu'il juge souhaitables, qu'ils soient admissibles ou non devant une cour de justice. Le législateur a, par le par. 84(1), indiqué explicitement que l'arbitre n'a pas à se préoccuper des règles de common law qui régissent l'admission de la preuve extrinsèque, y compris la question de savoir si l'ambiguïté doit être manifeste ou latente ou même s'il y a une ambiguïté tout simplement. Dans *Re Noranda Metal Industries Ltd., Fergus Division and I.B.E.W., Local 2345* (1983), 44 O.R. (2d) 529, la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé, au sujet d'une disposition analogue de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, qu'elle visait à [TRADUCTION] «permettre à un arbitre de se fonder sur une preuve pertinente, même si cette preuve n'est pas admissible devant une cour de justice» (p. 538). Bien que ce genre de dispositions n'excluent pas complète-

tors are often not trained in the law and are permitted to apply the rules in the same way as would be done by reasonable persons in the conduct of their business. Section 84(1) evinces a legislative intent to leave these matters to the decision of the arbitrator. Accordingly, an arbitrator's decision in this regard is not reviewable unless it is shown to be patently unreasonable. While failure to give effect to a rule of privilege or an exclusionary rule of evidence which embodies an important aspect of public policy might, without more, attract review, the use of extrinsic evidence to interpret a collective agreement is very much in the core area of an arbitrator's function. In this regard, the Court is not apt to intervene provided the approach adopted by the arbitrator with respect to the use to be made of the evidence assists in determining the true intention of the parties.

The arbitrator in this case was of the opinion that he was entitled to rely on the Harris report if the terms of the agreement were not clear and unambiguous. In my view, this was not an unreasonable approach. He was not required to attempt to apply the rules of evidence as to what constitutes ambiguity, but merely to reasonably conclude that the collective agreement was unclear. In this regard, the following statement by Gonthier J. in the *National Corn Growers* case is instructive, at p. 1371:

The first comment I wish to make is that I share the appellants' view that in circumstances where the domestic legislation is unclear it is reasonable to examine any underlying international agreement. In interpreting legislation which has been enacted with a view towards implementing international obligations, as is the case here, it is reasonable for a tribunal to examine the domestic law in the context of the relevant agreement to clarify any uncertainty. Indeed where the text of the domestic law lends itself to it, one should also strive to expound an interpretation which is consonant with the relevant international obligations.

ment le contrôle judiciaire, elles permettent à l'arbitre d'assouplir les règles de preuve. Cela reflète le fait que, souvent, les arbitres ne possèdent aucune formation juridique et qu'il leur est permis d'appliquer les règles comme le ferait toute personne raisonnable dans la gestion de ses affaires. Le paragraphe 84(1) exprime l'intention du législateur de laisser à l'arbitre le soin de trancher ces questions. En conséquence, la décision de l'arbitre à cet égard ne peut faire l'objet d'un examen que s'il est démontré qu'elle est manifestement déraisonnable. Même si l'omission, sans plus, d'appliquer une règle en matière de privilège ou une règle d'exclusion en matière de preuve qui traduit un aspect important de l'ordre public pourrait donner lieu à un examen, le recours à une preuve extrinsèque pour interpréter une convention collective relève vraiment des fonctions essentielles de l'arbitre. À cet égard, la Cour n'est pas portée à intervenir, pourvu que l'arbitre utilise la preuve d'une manière qui l'aide à déterminer la véritable intention des parties.

L'arbitre en l'espèce était d'avis qu'il pouvait s'appuyer sur le rapport Harris si les termes de la convention n'étaient pas clairs et nets. À mon avis, ce point de vue n'avait rien de déraisonnable. Il n'était pas tenu de tenter d'appliquer les règles de preuve régissant la détermination de ce qui constitue une ambiguïté; il n'avait qu'à conclure raisonnablement que la convention collective était équivoque. L'affirmation suivante du juge Gonthier, dans l'arrêt *National Corn Growers*, est instructive à ce propos, à la p. 1371:

Je tiens à souligner en premier lieu que je partage le point de vue des appelantes selon lequel il est raisonnable, dans des circonstances où la loi nationale manque de clarté, d'examiner toute convention internationale sous-jacente. Dans l'interprétation d'une loi adoptée en vue d'assurer l'exécution d'obligations internationales, comme c'est le cas en l'espèce, il est raisonnable pour un tribunal d'examiner la loi nationale dans le contexte de la convention pertinente afin d'obtenir les éclaircissements voulus. En fait, lorsque le texte de la loi nationale s'y prête, on devrait en outre s'efforcer d'adopter une interprétation qui soit compatible avec les obligations internationales en question.

That passage was referring to the interpretation of statutory provisions which implemented an international agreement, but I see no reason why it should not be equally applicable to the interpretation of an agreement such as a collective agreement.

Gonthier J. went on to observe in *National Corn Growers* that such extrinsic evidence could be referred to before determining that there existed ambiguity on the face of the agreement for the purpose of determining if there was latent ambiguity. It is unnecessary for me to determine the applicability of that principle in this case because here the arbitrator first found that the terms of Article 3.01 were not clear and unambiguous and then resorted to the extrinsic evidence to arrive at his interpretation. The respondent's concession that the report was properly admitted was a proper one, and the arbitrator's reliance on it is unassailable unless his conclusion that the terms of Article 3.01 were not clear and unambiguous was patently unreasonable.

3. Reasonableness of the Arbitrator's Decision

Ambiguity

The disputed provision makes the terms and conditions of the collective agreement applicable "when the Employer shall perform any work . . . under its own name or under the name of another. . .". Obviously the employer corporation as a corporate entity cannot "perform the work" itself; a corporation can only act through others, i.e., employees and others who do work for the corporation. The paragraph goes on to define the type of entity which would have a sufficient connection to the employer so as to be considered its alter ego for the purposes of the provision.

On the appellant's view of the provision the form of the contractual arrangement under which the work is performed would be immaterial as the determining factor is whether the employer as the controlling mind of Bradco is also the controlling mind of whatever entity is performing the work in

Ce passage traite de l'interprétation de dispositions législatives destinées à mettre à exécution une convention internationale, mais je ne vois pas pourquoi il ne s'appliquerait pas tout autant à l'interprétation d'un contrat comme une convention collective.

Le juge Gonthier a ensuite fait observer, dans l'arrêt *National Corn Growers* qu'il était possible de se référer à une telle preuve extrinsèque, avant que ne soit établie l'existence d'une ambiguïté manifeste, pour déterminer si la convention comportait une ambiguïté latente. Or, je n'ai pas à décider si ce principe est applicable en l'espèce parce que l'arbitre a d'abord conclu que les termes de l'article 3.01 n'étaient pas clairs et nets, et qu'il s'est ensuite servi de la preuve extrinsèque pour l'interpréter. L'intimée a reconnu à juste titre que le rapport avait été légitimement admis et on ne saurait attaquer le fait que l'arbitre se soit fondé sur ce rapport que si sa conclusion au caractère équivoque et ambigu des termes de l'article 3.01 était manifestement déraisonnable.

3. Le caractère raisonnable de la décision de l'arbitre

Ambiguïté

La disposition contestée rend les modalités de la convention collective applicables «à tous les travaux [. . .] qu'exécute l'employeur [. . .] que ce soit sous sa propre dénomination sociale ou sous une autre». Évidemment, la société employeuse ne peut en tant que personne morale «exécuter les travaux» elle-même; une personne morale ne peut agir que par l'intermédiaire d'autrui, c.-à-d. ses employés et d'autres personnes qui effectuent des travaux pour elle. L'article définit ensuite le type d'entité qui aurait avec l'employeur un lien suffisant pour être considérée comme son alter ego aux fins de l'application de cette disposition.

Selon l'interprétation que donne l'appelante à la disposition en cause, la forme du contrat d'exécution des travaux est sans importance puisque le facteur déterminant est la réponse à la question de savoir si l'employeur en sa qualité d'âme dirigeante de Bradco est également l'âme dirigeante

question. This interpretation derives some support from the terms of the surrounding clauses in the agreement, in particular Article 3.04, which contemplates that after a certain date, the terms and conditions of the collective agreement will apply ^a to non-union employers “within the scope of Article 1.01” who have bid on jobs prior to the date of the negotiation of the collective agreement. Article 1.01 only refers to the “parties” to the agreement, ^b none of whom are non-union employers. It appears to be the intention of the parties that work bid by union employers prior to the negotiating of the present collective agreement would be covered by ^c the terms of the collective agreement which was in place at the time of bidding. What then was the purpose of a provision that attempted to bind non-union companies which were not parties to the collective agreement? It must have been intended that this was to be done on the basis of Article 3.01. ^d It follows that the parties contemplated that a non-union company which successfully bid on the job was subject to Article 3.01 if the requisite relationship existed between it and a union company ^e which was party to the agreement. This interpretation would tend to negate the interpretation put forward by the respondent.

The interpretation contended for by the respondent and accepted by the Court of Appeal would restrict the words “perform any work” to a situation ^g in which the employer Bradco had bid for and been awarded the contract and then either subcontracted the work to Dobbin or assigned the contract to Dobbin. This provision could not apply to a situation ^h in which Dobbin was the successful bidder. The Court of Appeal considered that both the arbitrator’s finding that “perform any work” was ambiguous and his conclusion that Article 3.01 would never “kick in” if the respondent’s interpretation were accepted were patently unreasonable findings. While the arbitrator’s discussion of “perform any work” was not completely clear, it seems to me that his concern with whether “work” ⁱ includes bidding on contracts meant that he was trying to determine whether the provision could in

de l’entité qui exécute les travaux en question. Cette interprétation est appuyée dans une certaine mesure par les termes des clauses environnantes de la convention, et notamment par l’article 3.04 qui ^a prévoit qu’après une certaine date les modalités de la convention collective s’appliqueront aux employeurs dont les employés ne sont pas syndiqués, qui sont «visés par l’article 1.01» et qui ont ^b soumissionné des travaux avant la date de signature de la convention collective. L’article 1.01 ne parle que des «parties» à la convention, dont aucune n’est un employeur dont les employés ne sont pas syndiqués. Les parties semblent avoir ^c voulu que la convention collective en vigueur au moment de la soumission s’applique aux travaux soumissionnés, avant la conclusion de la convention actuelle, par des employeurs dont les employés étaient syndiqués. À quoi servait donc ^d une disposition qui tentait de lier des sociétés aux employés non syndiqués qui n’étaient pas parties à la convention collective? On a dû vouloir que cela se fasse en fonction de l’article 3.01. Il s’ensuit ^e que les parties ont prévu qu’une société aux employés non syndiqués qui soumissionnerait les travaux avec succès serait assujettie à l’article 3.01 si le lien requis existait entre elle et une société aux employés syndiqués partie à la convention. Cette ^f interprétation tendrait à neutraliser celle proposée par l’intimée.

D’après l’interprétation préconisée par l’intimée et retenue par la Cour d’appel, l’expression «les travaux [...] qu’exécute» ne s’appliquerait qu’à ^g une situation dans laquelle l’employeur Bradco, après avoir soumissionné et obtenu le contrat, a soit confié l’exécution des travaux à Dobbin en ^h sous-traitance, soit cédé le contrat à cette dernière. Cette disposition ne pouvait pas s’appliquer si c’était Dobbin qui avait soumissionné avec succès. La Cour d’appel a jugé manifestement déraisonnables la conclusion de l’arbitre à l’ambiguïté de ⁱ l’expression «les travaux [...] qu’exécute» et sa conclusion que l’article 3.01 ne «jouerait» jamais si l’on acceptait l’interprétation de l’intimée. Même si l’analyse qu’a faite l’arbitre de l’expression «les travaux [...] qu’exécute» n’était pas parfaitement claire, il me semble que son souci de ^j savoir si le terme «travaux» comprend le fait de

fact apply when Dobbin bid the contract on its own. Further, the Court of Appeal seems to have overlooked the fact that the arbitrator found that the interpretation put forward by the respondent would lead to an inconsistency with the rest of the agreement. Article 3.04, in particular, suggests that an interpretation other than that advocated by the respondent is at least plausible. Whether or not one agrees that the respondent's interpretation would, as the arbitrator suggested, lead to an absurdity, it cannot be said to be the only possible interpretation of the provision. It is not clear on the face of the agreement which of the two interpretations is correct. The arbitrator's finding of ambiguity cannot therefore be said to be patently unreasonable and he was justified in resorting to the extrinsic evidence to discern the intentions of the parties in order to resolve that ambiguity.

Conclusions of the Arbitrator

The Court of Appeal held that, even if the arbitrator was entitled to rely on extrinsic evidence as an aid to interpreting the agreement, his conclusion as to the meaning of the provision was patently unreasonable. The Court of Appeal stated, at p. 188:

Assuming that extrinsic evidence could be used for such a broad purpose, one must nevertheless return to the basic rule of interpretation. As expressed by *Halsbury*, the function of the court is to ascertain what the parties meant by the words they have used, to declare the meaning of what is written and not what was intended to have been written.

The Court of Appeal held that the arbitrator had substituted his interpretation of what the parties intended which he had derived from the extrinsic evidence for the words of the agreement. Goodridge C.J.N. then stated that the language of the agreement was not capable of the interpretation given it by the arbitrator as it could not apply to a company that did not sign the agreement or to a situation where a company other than Bradco bid and employed workers on a particular project. In my view, the arbitrator's interpretation does not

soumissionner montrait qu'il essayait de déterminer si la disposition pouvait effectivement s'appliquer dans un cas où Dobbin avait soumissionné indépendamment. De plus, la Cour d'appel semble avoir ignoré la conclusion de l'arbitre que l'interprétation proposée par l'intimée mènerait à une incompatibilité avec le reste de la convention. L'article 3.04 en particulier laisse entendre qu'une interprétation autre que celle préconisée par l'intimée est à tout le moins plausible. Que l'on soit d'accord ou non pour dire que l'interprétation de l'intimée conduirait à un absurdité, comme l'a laissé entendre l'arbitre, on ne saurait affirmer qu'il s'agit là de la seule interprétation possible de la disposition. À la lecture de la convention, on ne sait pas clairement laquelle des deux interprétations est juste. On ne saurait donc taxer de manifestement déraisonnable la conclusion de l'arbitre à l'ambiguïté, et il avait raison de recourir à la preuve extrinsèque pour discerner l'intention des parties afin de pouvoir dissiper cette ambiguïté.

Les conclusions de l'arbitre

La Cour d'appel a statué que, même si l'arbitre pouvait se servir d'une preuve extrinsèque pour interpréter la convention, sa conclusion sur le sens de la disposition en cause était manifestement déraisonnable. La Cour d'appel affirme, à la p. 188:

[TRADUCTION] À supposer qu'une preuve extrinsèque puisse servir à une fin aussi générale, on doit néanmoins revenir à la règle d'interprétation fondamentale. Comme l'a dit *Halsbury*, le rôle de la cour consiste à déterminer ce qu'entendaient les parties par les mots qu'elles ont employés, à énoncer le sens de ce qu'elles ont écrit et non pas à dire ce qu'elles auraient voulu écrire.

La Cour d'appel a conclu que l'arbitre avait substitué aux termes de la convention son interprétation de l'intention des parties, qui découlait de la preuve extrinsèque. Le juge en chef Goodridge de Terre-Neuve a ensuite affirmé que le texte de la convention ne pouvait pas être interprété comme l'avait fait l'arbitre puisqu'il n'était applicable ni à une société qui n'avait pas signé la convention ni à une situation où une société autre que Bradco avait soumissionné et engagé des ouvriers pour l'exécution d'un projet donné. À mon avis, l'interprétation

seek to bind Dobbin, as a corporate entity, to an agreement to which it is not a party, but rather binds the employer (being the controlling mind of Bradco) to prevent non-union companies under its control from bidding on or performing work within the jurisdiction of the collective agreement without applying the terms of the agreement to that work.

The respondent submitted in oral argument that the process used by the arbitrator to arrive at his decision as well as his decision itself was patently unreasonable. In that regard, the respondent points to the final paragraph of the arbitrator's reasons, which reads as follows:

In the present case however we have a clear example of double-breasting of the sort which the Harris Report was intended to terminate. There is no doubt that the Company has violated the spirit of that agreement. In my judgement it has, as well, broken the specific letter of Article 3.01 of the Collective Agreement and the Company is therefore in violation of that Agreement and therefore the grievance should be upheld.

The respondent argues that the arbitrator's reference to the Harris report as being an agreement violated by Bradco demonstrates that the arbitrator simply substituted the intention of the parties which he found contained in the Harris report for the clear words of the agreement, and, further, that the arbitrator never referred back to the words of Article 3.01 to illustrate how the Harris report had cleared up the ambiguity which he had found. In my view, the respondent is taking greater issue with the way in which the arbitrator expressed himself rather than the procedure which he followed or the actual result at which he arrived.

The Harris report established that the employers and the union settled the strike on the basis, *inter alia*, that double-breasting would be discontinued. Double-breasting was previously dealt with by this Court in *Lester, supra*, in which the practice was described in the dissenting judgment of Wilson J. as follows, at p. 652:

One company, which continues to carry on business subject to a union contract, creates a new parallel com-

de l'arbitre ne vise pas à lier Dobbin, en tant que personne morale, à une convention à laquelle elle n'est pas partie, mais elle a plutôt pour effet de lier l'employeur (qui est l'âme dirigeante de Bradco) afin d'empêcher que les sociétés aux employés non syndiqués qui sont sous son contrôle ne soumissionnent ou n'exécutent des travaux relevant de la convention collective, sans appliquer à ces travaux les conditions de la convention.

L'intimée a soutenu, dans sa plaidoirie, que la méthode employée par l'arbitre pour arriver à sa décision ainsi que sa décision elle-même étaient manifestement déraisonnables. À cet égard, elle invoque le dernier paragraphe des motifs de l'arbitre, qui est ainsi conçu:

[TRADUCTION] En l'espèce, toutefois, nous avons un exemple clair du type de recours à une exploitation à double volet auquel visait à mettre un terme le rapport Harris. Il n'y a pas de doute que la société a violé l'esprit de cette convention. À mon sens, elle a violé également la lettre de l'article 3.01 de la convention collective. La société a donc agi en violation de cette convention et il y a lieu de faire droit au grief.

L'intimée soutient que, si l'arbitre a dit du rapport Harris qu'il s'agissait d'une convention qu'avait violé Bradco, cela prouve qu'il n'a fait que substituer aux termes clairs de la convention l'intention des parties qui, selon lui, se dégageait dudit rapport, et ensuite, qu'il ne s'est jamais référé au texte de l'article 3.01 pour montrer comment le rapport Harris avait dissipé l'ambiguïté qu'il avait constaté. À mon avis, l'intimée conteste davantage la façon dont s'est exprimé l'arbitre que la méthode qu'il a suivie ou le résultat auquel il est vraiment arrivé.

Il ressort du rapport Harris que les employeurs et le syndicat ont réglé la grève en tenant notamment pour acquis qu'il serait mis fin à la pratique de l'exploitation à double volet. La question du recours à l'exploitation à double volet a déjà été abordée par notre Cour dans l'arrêt *Lester*, précité, où le juge Wilson décrit ainsi cette pratique dans ses motifs de dissidence, à la p. 652:

Une société qui continue à exploiter une entreprise soumise à une convention collective crée une société paral-

pany which is non-union. In this way the owners of the companies can bid on both union and non-union jobs and utilize the skill and expertise of the key members of their staff on both.

The arrangement between Bradco and Dobbin is the type of arrangement that constitutes double-breasting. The arbitrator found that Article 3.01 was ambiguous in that it was capable of more than one interpretation, and upon referring to extrinsic evidence concluded that the intention of the parties was that Article 3.01 should deal with the situation of double-breasting. Given that the words of Article 3.01 were capable of rationally supporting an interpretation reflective of this intention, it was not patently unreasonable for the arbitrator to conclude that it accomplished its purpose and that the relationships which it described included the relationship between Bradco and Dobbin.

Disposition

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of Hickman C.J. and the award of the arbitrator. The appellant is entitled to costs both here and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I am in substantial agreement with the excellent reasons of Mr. Justice Sopinka. I would have differed only on the approach that should be taken by courts reviewing decisions of arbitrators acting in the field of labour relations.

In *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, I attempted to put forward the position that the courts should not be too quick to attack the jurisdiction of administrative tribunals either on the basis of the wording of the privative clause or for any other reason. This was the view expressed by Dickson J., as he then was, in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. In

lèle dont les employés ne sont pas syndiqués. Cela permet aux propriétaires des deux sociétés de soumissionner tant à l'égard des travaux à effectuer par des ouvriers syndiqués qu'à l'égard de ceux à accomplir par des ouvriers non syndiqués, et de se servir dans l'un et l'autre cas de la compétence et du savoir-faire de leurs employés clés.

L'arrangement intervenu entre Bradco et Dobbin est de ceux qui constituent une exploitation à double volet. L'arbitre a estimé que l'article 3.01 était ambigu en ce sens qu'il était susceptible de plus d'une interprétation et, sur la foi d'une preuve extrinsèque, il a conclu que les parties avaient voulu que l'article 3.01 vise la situation où il y a exploitation à double volet. Comme le texte de l'article 3.01 pouvait rationnellement être interprété d'une façon qui traduisait cette intention, il n'était manifestement déraisonnable que l'arbitre conclue que cet article a servi à la fin qui lui était propre et que les relations y visées comprenaient celle existant entre Bradco et Dobbin.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge en chef Hickman ainsi que la sentence arbitrale. L'appelante a droit aux dépens tant en notre Cour qu'en Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Je souscris pour l'essentiel aux excellents motifs du juge Sopinka. Le seul point sur lequel j'aurais été en désaccord est la méthode que les cours de justice devraient adopter en examinant les décisions d'arbitres en matière de relations du travail.

Dans l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, j'ai tenté d'avancer le point de vue selon lequel les cours de justice ne devraient pas s'empresser d'attaquer la compétence de tribunaux administratifs, en raison de la formulation d'une clause privative ou pour quelque autre motif. Tel est l'avis exprimé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section*

that case the result turned in part on the wording of the privative clause. Dickson J. stated at p. 233:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

My concern in *Dayco, supra*, and in this case, was that the language used in the reasons for judgment could be seen as advocating a change in the approach adopted by Dickson J. It seemed to me that to take a contrary approach would only encourage litigation in situations where judicial restraint should be the rule. For the same reasons restraint should be exercised when courts are reviewing the decisions of labour arbitrators dealing with and interpreting collective bargaining agreements. Dickson J. made this point in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at p. 781:

There is a very good policy reason for judicial restraint in fettering adjudicators in the exercise of remedial powers. The whole purpose in establishing a system of grievance adjudication under the Act is to secure prompt, final, and binding settlement of disputes arising out of interpretation or application of the collective agreement, or disciplinary action taken by the employer, all to the end that industrial peace may be maintained.

However, in *Dayco, supra*, my position, at least with regard to the interpretation which should be given to privative clauses, was in the minority and I will now loyally follow the reasoning of the majority. I therefore concur with the reasons of Sopinka J.

locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227. Dans cette affaire, l'issue tenait en partie à la formulation de la clause privative. Voici ce que le juge Dickson affirme, à la p. 233:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

Ce qui me préoccupait dans l'affaire *Dayco*, précitée, comme en l'espèce, c'était la possibilité que les termes employés dans les motifs de jugement soient interprétés comme préconisant un changement dans la méthode adoptée par le juge Dickson. Il m'a semblé en effet que l'adoption d'un point de vue contraire ne ferait que favoriser les litiges dans les situations où la retenue judiciaire devrait être la règle. Pour les mêmes raisons, les cours de justice devraient faire preuve de retenue en examinant les décisions d'arbitres en matière de relations du travail lorsque ces décisions concernent des conventions collectives et leur interprétation. C'est ce qu'a fait remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, à la p. 781:

Une très bonne raison de principe explique l'hésitation judiciaire à contrôler les arbitres dans l'exercice de leurs pouvoirs. Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix.

Toutefois, dans l'affaire *Dayco*, précitée, mon opinion était minoritaire, tout au moins en ce qui concernait l'interprétation qu'il y avait lieu de donner aux clauses privatives, et je vais maintenant suivre fidèlement le raisonnement de la majorité. Je souscris donc aux motifs du juge Sopinka.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: O'Dea, Strong, Earle, St. John's, Newfoundland.

Solicitors for the respondent: Mercer, Orsborn, Benson, Myles, St. John's, Newfoundland.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: O'Dea, Strong, Earle, St. John's, Terre-Neuve.

Procureurs de l'intimée: Mercer, Orsborn, Benson, Myles, St. John's, Terre-Neuve.



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, 1993 Vol. 2

3^e cahier, 1993 Vol. 2

Cited as [1993] 2 S.C.R. 353-510

Renvoi [1993] 2 R.C.S. 353-510

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd. 443

Criminal law — Criminal interest rate — Land purchased for resale at profit — Purchaser mortgaging property — Mortgage to receive interest plus 50 percent of profit — Total interest amounting to criminal rate — Not enforceable in civil action — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

Constitutional law — Division of powers — Property and civil rights — Criminal Code provision dealing with excessive interest — Whether or not provision within provincial powers — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

R. v. Aalders..... 482

Criminal law — Evidence — Rebuttal evidence — Rebuttal evidence relating to issue essential for determination of case — Whether rebuttal evidence admissible.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd. 443

Droit criminel — Taux d'intérêt criminel — Terrain acheté pour fins de revente avec profit — Acquéreur hypothéquant le bien — Créancier hypothécaire devant percevoir les intérêts plus la moitié du profit réalisé — Montant total des intérêts correspondant à un taux criminel — Absence de recours civil — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Disposition du Code criminel traitant des intérêts excessifs — Cette disposition relève-t-elle de la compétence des provinces? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

R. c. Aalders..... 482

Droit criminel — Preuve — Contre-preuve — Contre-preuve touchant une question essentielle à la détermination du litige — La contre-preuve est-elle admissible?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Criminal law — Murder — First degree murder — Planned and deliberate — Charge to jury — Whether trial judge's directions on planning and deliberation adequate.

Criminal law — Charge to jury — Alternative verdict — Murder — Accused charged with first degree murder testifying that he did not intend to kill victim — Evidence as a whole showing that killing was planned and deliberate — Whether trial judge erred in failing to instruct jury on manslaughter.

R. v. Clutterbuck 447

Criminal law — Perjury — Corroboration — Corroboration not required when proof rests on inferences drawn from conduct.

R. v. D. (A.) 441

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Most of delay waived, caused by accused or attributable to inherent requirements of case — Whether or not appellate proceedings covered by Charter, delay in this case not unreasonable.

R. v. Egger 451

Criminal law — Impaired driving — Presumption of impairment arising from certificates made following blood test — Requirement that a sample be available to accused for independent testing — Accused not receiving notice of existence of sample until day before trial — What information to be disclosed, and when, for presumption to operate — Whether accused must request second sample before the presumption available — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 255(2), 258(1)(d), (7), 676(1)(a).

R. v. Hasselwander 398

Criminal law — Firearms — Prohibited weapons — Firearm easily convertible from semi-automatic to fully automatic — Whether firearm a "prohibited weapon" — Meaning of word "capable" in para. (c) of definition of "prohibited weapon" in s. 84(1) of Criminal Code — Construction of penal statutes — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 84(1).

R. v. M. (J.J.) 421

Criminal law — Young offenders — Sentencing — Principles stated in Act including requirement that dispositions both protect society and be in best interests of offender — Act providing for annual review of sentence — Youth with prior record, uncompleted "community service" probation, a poor family situation and yet good school reports when removed from his siblings sentenced to two years' open custody — Whether consideration might be given to annual review in crafting disposition — Whether sentence appropriate in the circumstances — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(1), (2), 20, 23(2)(f), 24(1), 24.1(1), 28(1), (3).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit criminel — Meurtre — Meurtre au premier degré — Préméditation et propos délibéré — Exposé au jury — Les directives du juge du procès quant à la préméditation et au propos délibéré sont-elles appropriées?

Droit criminel — Exposé au jury — Possibilité d'un autre verdict — Meurtre — L'accusé, inculpé de meurtre au premier degré, a témoigné qu'il n'avait pas l'intention de tuer la victime — L'ensemble de la preuve démontre que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas au jury la question de l'homicide involontaire coupable?

R. c. Clutterbuck 447

Droit criminel — Parjure — Corroboration — Corroboration non nécessaire lorsque la preuve repose sur des déductions faites à partir de la conduite adoptée.

R. c. D. (A.) 441

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Majeure partie du délai résultant d'une renonciation ou du fait de l'appelant, ou imputable aux délais inhérents à la nature de l'affaire — Peu importe que les procédures d'appel soient visées ou non par la Charte, il n'y a pas eu de délai déraisonnable en l'espèce.

R. c. Egger 451

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies — Présomption de facultés affaiblies découlant des certificats émis après analyse du sang — Exigence qu'un échantillon soit à la disposition de l'accusé à des fins d'analyse indépendante — Accusé n'ayant reçu l'avis de l'existence d'un échantillon que la veille du procès — Renseignements à communiquer et moment de la communication pour que la présomption s'applique — L'accusé doit-il demander le second échantillon avant que la présomption s'applique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 255(2), 258(1)(d), (7), 676(1)a).

R. c. Hasselwander 398

Droit criminel — Armes à feu — Armes prohibées — Arme à feu semi-automatique pouvant être transformée facilement en arme entièrement automatique — S'agit-il d'une «arme prohibée»? — Sens du mot «pouvant» employé à l'al. c) de la définition de «arme prohibée» à l'art. 84(1) du Code criminel — Interprétation des lois pénales — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 84(1).

R. c. M. (J.J.) 421

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Détermination de la peine — Selon les principes énoncés dans la Loi, les décisions doivent viser la protection de la société et le meilleur intérêt du contrevenant — Examen annuel prévu dans la Loi — Condam-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Thornton	445
Criminal law — Nuisance — Accused convicted of nuisance for donating blood he knew to be HIV-contaminated to Red Cross — Accused having duty of care in giving blood under s. 216 of Criminal Code — Duty of care breached by failure to disclose that blood contained HIV antibodies — Lives, safety and health of public endangered — Conviction upheld.	
Sauvé v. Canada (Attorney General)	438
Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying prisoners from voting unconstitutional — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3.	
University of British Columbia v. Berg	353
Civil rights — Discrimination in public facilities — Services customarily available to the public — Master's student denied rating sheet and key to faculty building because of mental disability — Whether university discriminated against student with respect to services "customarily available to the public" — Meaning of the word "public" — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3.	
Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal.	
Westar Mining Ltd. (Re)	448
Appeal — Leave to appeal — Court of Appeal — Companies' Creditors Arrangement Act — Panel of British Columbia Court of Appeal having jurisdiction to hear appeal from order of single justice on application for leave to appeal under Companies' Creditors Arrangement Act.	
Appeal — Leave to appeal — Court of Appeal — Companies' Creditors Arrangement Act — Proceedings for obtaining leave to appeal taken within 21 days after rendering of order being appealed — Provisions of Companies' Creditors Arrangement Act complied with.	
Corporations — Compromises and arrangements — Order under Companies' Creditors Arrangement Act set aside — No jurisdiction to make order in absence of notice to parties and hearing.	

SOMMAIRE (Suite)

nation à deux ans de garde en milieu ouvert d'un jeune ayant des antécédents, n'ayant pas respecté l'ordonnance de probation imposant des travaux au profit de la collectivité, ayant une situation familiale déplorable, mais ayant de bons résultats scolaires quand il est séparé de ses frères et sœurs — L'examen annuel peut-il être un facteur dans la décision? — La peine est-elle appropriée compte tenu des circonstances? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(1), (2), 20, 23(2)f, 24(1), 24.1(1), 28(1), (3).	
R. c. Thornton	445
Droit criminel — Nuisance — Accusé déclaré coupable de nuisance pour avoir donné à la Croix rouge du sang qu'il savait contaminé par le VIH — Accusé obligé en vertu de l'art. 216 du Code criminel de faire preuve de diligence en donnant son sang — Manquement à cette obligation de diligence en ne révélant pas que le sang contenait des anticorps VIH — Vie, sécurité et santé du public mis en danger — Déclaration de culpabilité confirmée.	
Sauvé c. Canada (Procureur général)	438
Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Inconstitutionnalité de la disposition de la Loi électorale du Canada qui rend les prisonniers inhabiles à voter — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 51e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3.	
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	353
Libertés publiques — Discrimination dans des établissements publics — Services habituellement offerts au public — Étudiante au programme de maîtrise se voyant refuser un formulaire d'évaluation et une clé donnant accès à l'édifice de la faculté en raison d'une déficience mentale — L'université a-t-elle agi de façon discriminatoire envers l'étudiante à l'égard de services «habituellement offerts au public»? — Signification du mot «public» — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3.	
Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne.	
Westar Mining Ltd. (Re)	448
Appel — Autorisation d'appel — Cour d'appel — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Formation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique compétente pour entendre l'appel interjeté contre l'ordonnance rendue par un seul juge concernant une demande d'autorisation d'appel fondée sur la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.	
Appel — Autorisation d'appel — Cour d'appel — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Procédures visant à obtenir l'autorisation d'appel engagées dans les 21 jours suivant la délivrance de l'ordonnance faisant l'objet d'un appel — Respect des dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.	

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Compagnies — Transactions et arrangements — Annulation d'une ordonnance fondée sur la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Absence de compétence pour rendre l'ordonnance sans avoir préalablement avisé et entendu les parties.

British Columbia Council of Human Rights *Appellant*

v.

University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences *Respondent*

and

Janice Berg *Respondent*

and

Canadian Human Rights Commission *Intervener*

and between

Janice Berg *Appellant*

v.

University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences *Respondent*

and

British Columbia Council of Human Rights *Respondent*

and

Canadian Human Rights Commission *Intervener*

INDEXED AS: UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA v. BERG

File Nos.: 22640, 22638.

1993: January 27; 1993: May 19.

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

British Columbia Council of Human Rights *Appelant*

a c.

École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique *Intimée*

b et

Janice Berg *Intimée*

c et

Commission canadienne des droits de la personne *Intervenante*

d et entre

Janice Berg *Appelante*

e c.

École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique *Intimée*

f et

British Columbia Council of Human Rights *Intimé*

g et

Commission canadienne des droits de la personne *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE c. BERG

i Nos du greffe: 22640, 22638.

1993: 27 janvier; 1993: 19 mai.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Civil rights — Discrimination in public facilities — Services customarily available to the public — Master's student denied rating sheet and key to faculty building because of mental disability — Whether university discriminated against student with respect to services "customarily available to the public" — Meaning of the word "public" — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3.

Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal.

In 1979, the appellant Berg was accepted into the master's program of the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences. As a student, she consistently performed above average. Although she experienced a recurrence of depression in 1981, she continued to attend classes and was capable of responding to the same demands and expectations as other students. During that period, on a particularly stressful day, the appellant wrote "I am dead" on the mirror in the School's washroom and, later the same day, when frightened upon seeing RCMP and security personnel in the hall, she attempted to jump through a plate glass window. When the School moved to new premises in 1982, the appellant was denied a key to the building although other graduate students were provided with one. The School's Director was later assured by a physician that there was no risk and issued the appellant a key. In 1983, a faculty member refused to complete the appellant's rating sheet required for an application for a hospital internship on the basis of her observation of the appellant's behaviour and problems. The faculty member later testified that she was not obliged to fill out the sheet and that she had refused to do so on a number of occasions every year. This testimony was contradicted by that of the Director of the School. Following a complaint by the appellant, the member-designate of the British Columbia Council of Human Rights found that the School had contravened s. 3 of the *Human Rights Act* by denying the appellant the key and rating sheet because of her mental disability. The British Columbia Supreme Court set aside the decision, holding that the provision of a key or a rating sheet did not constitute services "customarily available to the public" within the meaning of s. 3, and that the member-designate therefore had no jurisdiction to determine the complaint. The Court of Appeal affirmed the judgment. In this Court, the School conceded that the key and rating sheet were

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

Libertés publiques — Discrimination dans des établissements publics — Services habituellement offerts au public — Étudiante au programme de maîtrise se voyant refuser un formulaire d'évaluation et une clé donnant accès à l'édifice de la faculté en raison d'une déficience mentale — L'université a-t-elle agi de façon discriminatoire envers l'étudiante à l'égard de services «habituellement offerts au public»? — Signification du mot «public» — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne.

En 1979, l'appelante Berg a été admise au programme de maîtrise de l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique. Elle a obtenu régulièrement des résultats scolaires supérieurs à la moyenne. Bien qu'elle ait connu un nouvel accès de dépression en 1981, elle a continué d'assister aux cours et a pu répondre aux mêmes exigences et aux mêmes attentes que les autres étudiants. Durant cette période, pendant une journée particulièrement stressante, l'appelante a écrit «Je suis morte» sur le miroir des toilettes de l'École et, plus tard le même jour, effrayée à la vue d'agents de la GRC et d'agents de sécurité dans l'entrée de l'immeuble, elle a essayé de passer à travers une baie vitrée. Lorsque l'École a déménagé dans de nouveaux locaux en 1982, on n'a pas voulu remettre à l'appelante une clé donnant accès à l'édifice même si les autres étudiants des deuxième et troisième cycles en avaient reçu une. Plus tard, comme un médecin l'avait assuré qu'il n'y avait aucun risque, le directeur de l'École a remis une clé à l'appelante. En 1983, un membre du corps professoral a refusé de remplir le formulaire d'évaluation de l'appelante qui devait accompagner une demande d'internat en milieu hospitalier en raison de ce qu'il avait pu remarquer au sujet du comportement et des problèmes de l'appelante. Ce membre du corps professoral a témoigné, par la suite, qu'il n'était pas tenu de remplir le formulaire et qu'il avait refusé de le faire à un certain nombre de reprises chaque année. Ce témoignage a été contredit par celui du directeur de l'École. À la suite d'une plainte portée par l'appelante, le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights a conclu que l'École avait contrevenu à l'art. 3 de la *Human Rights Act* en refusant de fournir à l'appelante la clé et le formulaire d'évaluation en raison de sa déficience mentale. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé cette décision et a statué que la remise d'une clé ou d'un for-

“services” within the meaning of the Act. The real issue in these appeals is whether such services are, on the correct interpretation of s. 3 and the evidence, “customarily available to the public”.

Held (Major J. dissenting): The appeals should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context but does not extend to general questions of law. The question in this case of what constitutes a service customarily available to the public is a general question of law with wide social implications in which the member-designate of the British Columbia Council of Human Rights has no particular expertise, and the correctness test applies. However, while the Court will not defer to the member-designate’s interpretation of s. 3 of the Act, it will defer to his factual findings with respect to what is or is not customarily done.

The word “public” in s. 3 of the Act cannot be required to include every member of a community. The distinction found in *Gay Alliance* and in *Beattie* between discrimination at the threshold of admission to a facility and discrimination once admission to the facility has been obtained is artificial and unacceptable. Such a distinction would allow institutions to frustrate the purpose of the legislation by admitting people without discrimination, and then denying them access to the accommodations, services and facilities they require to make their admission meaningful. This distinction leads to results the legislature cannot have intended. A liberal and purposive interpretation of s. 3 would define “public” in relational terms, not in terms of quantity. Every service has its own public, and once that “public” has been defined through the use of eligibility criteria, the Act prohibits discrimination within that public. Eligibility criteria, as long as they are non-discriminatory, are a necessary part of most services, in that they ensure that the service reaches only its intended beneficiaries. All of the activities of an accommodation, service or facility provider, however, are not necessarily subject to scru-

mulair d’évaluation ne constituait pas un «service habituellement offert au public» au sens de l’art. 3, et que le membre désigné n’avait donc pas le pouvoir de trancher la plainte. La Cour d’appel a confirmé ce jugement.
 a Devant notre Cour, l’École a admis que la clé et le formulaire d’évaluation étaient des «services» au sens de la Loi. La véritable question qui se pose dans les présents pourvois est de savoir si de tels services sont, selon la bonne interprétation de l’art. 3 et de la preuve, «habituellement offerts au public».

Arrêt (le juge Major est dissident): Les pourvois sont accueillis.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: L’expertise supérieure d’un tribunal des droits de la personne porte sur l’appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne, mais elle ne s’étend pas aux questions générales de droit. En l’espèce, la question de savoir ce qui constitue un service habituellement offert au public est une question générale de droit qui a de vastes répercussions sociales et relativement à laquelle le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights n’a aucune expertise particulière, et le critère de la justesse ou de l’absence d’erreur s’applique. Toutefois, même si la Cour ne s’en remettra pas à l’interprétation de l’art. 3 donnée par le membre désigné, elle s’en remettra à ses conclusions de fait au sujet de ce qui se fait ou ne se fait pas habituellement.

On ne saurait exiger que le mot «public» employé à l’art. 3 de la Loi comprenne tous les membres d’une collectivité. La distinction établie dans les arrêts *Gay Alliance* et *Beattie* entre la discrimination exercée au moment d’avoir accès à des installations et la discrimination exercée une fois que l’on a obtenu l’accès à ces installations est artificielle et inacceptable. Une telle distinction permettrait à des institutions de contrecarrer l’objet de la loi en admettant des gens sans faire de discrimination, pour ensuite leur refuser l’accès au logement, aux services et aux installations qui leur sont nécessaires pour donner un sens à leur admission. Cette distinction entraîne des conséquences que la législature ne peut avoir voulues. Une interprétation de l’art. 3, qui serait libérale et fondée sur l’objet visé, définirait le mot «public» en termes relationnels et non pas en termes de quantité. Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d’admissibilité, la Loi interdit d’établir des distinctions au sein de ce public. Les critères d’admissibilité, pourvu qu’ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu’ils

tiny under the Act. In determining which activities of an institution are covered by the Act, one must take a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility. Some services or facilities will create public relationships between the institution and the users, while others may establish only private relationships. Under the relational approach, the "public" may turn out to contain a very large or very small number of people.

In the circumstances of this case, the member-designate was correct in assuming jurisdiction and examining the reasons for the denial of the rating sheet and the key. The appellant, by virtue of having passed through a selective admissions process, did not cease to be a member of the "public" to which the School provided its educational services and facilities. The key and rating sheet were incidents of this public relationship between the School and its students. They were also, as a matter of law and fact, "customarily available" to the School's public. The member-designate clearly found that keys and rating sheets were customarily provided to other graduate students in the appellant's situation. Deference is owed to this factual finding. Neither the existence of a discretion, when it is habitually exercised in a certain way, nor the element of personal evaluation attached to these services, necessarily excludes the Act, both on principle, and because of the member-designate's factual finding.

Per Major J. (dissenting): The provision of a key or a rating sheet did not constitute a service "customarily available to the public" within the meaning of s. 3 of the Act and, accordingly, the member-designate had no jurisdiction to consider the appellant's complaint. While human rights legislation should, where possible, be given a broad and purposive interpretation, that interpretation has to be realistic. Here, if s. 3 was given the reach sought in these appeals there would be, in effect, no services that would not fall within the scope of services "customarily available to the public". A university, like other public institutions, is not immune from the operation of the Act. The Act would clearly apply to services provided to members of the public seeking admission to the university, and to those services within

garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu'ils visent. Toutes les activités d'un fournisseur de logement, de services ou d'installations ne sont toutefois pas nécessairement assujetties à un examen fondé sur la Loi. Pour déterminer quelles activités d'un établissement sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tient compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d'installations et l'utilisateur des services ou des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l'établissement et les usagers, tandis que d'autres pourront établir seulement des relations privées. Selon la méthode relationnelle, il peut s'avérer que le «public» comprend un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.

Dans les circonstances de la présente affaire, le membre désigné a eu raison de supposer qu'il avait compétence et d'examiner les raisons du refus de fournir le formulaire d'évaluation et la clé. Du fait qu'elle avait franchi avec succès l'étape du processus d'admission sélective, l'appelante n'a pas cessé de faire partie du «public» auquel l'École fournissait ses installations et ses services éducatifs. La clé et le formulaire d'évaluation étaient accessoires à cette relation publique entre l'École et ses étudiants. Ils étaient également, en droit et en fait, «habituellement offerts» au public de l'École. Le membre désigné a conclu clairement que les clés et les formulaires d'évaluation étaient habituellement fournis aux autres étudiants des deuxième et troisième cycles dans la situation de l'appelante. On doit s'en remettre à cette conclusion de fait. Ni l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, quand il est habituellement exercé d'une certaine manière, ni l'élément de l'évaluation personnelle attaché à ces services n'empêchent nécessairement la Loi de s'appliquer tant en principe qu'en raison de la conclusion de fait du membre désigné.

Le juge Major (dissent): La remise d'une clé ou d'un formulaire d'évaluation ne constituait pas un service «habituellement offert au public» au sens de l'art. 3 de la Loi et, par conséquent, le membre désigné n'avait pas compétence pour examiner la plainte de l'appelante. Les lois en matière de droits de la personne devraient, dans la mesure du possible, recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet visé, mais cette interprétation doit être réaliste. Si, en l'espèce, on donnait à l'art. 3 la portée recherchée dans les présents pourvois, il n'y aurait en fait aucun service qui ne serait pas visé par l'expression «services habituellement offerts au public». Les universités, comme les autres établissements publics, n'échappent pas à l'application de la Loi. Il est clair que cette dernière s'appliquerait aux services four-

the university that are customarily available to members of the public. However, the discretion exercised by the School's Director in refusing the appellant the key to a university building, and by a faculty member in refusing to fill out a rating sheet on her behalf, are matters unique to the university. If the student has been unfairly treated in respect of those matters, the remedy lies with the administrators of the university and not with the Human Rights Council.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; **distinguished:** *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; **not followed:** *Beattie v. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718; **disapproved:** *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536; **referred to:** *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Charter v. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134; *Nova Scotia (Human Rights Commission) v. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100; *Sonnenberg v. Lang* (1989), 100 N.B.R. (2d) 413 (Q.B.), rev'g (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Bd. Inq.) on the jurisdictional issue; *New Brunswick School District No. 15 v. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426; *Kelly v. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216; *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666; *Rawala v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Bourque v. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746; *LeDrew v. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259; *Peters v. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193; *Bloedel v. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R. 446 (Sask. C.A.), rev'g (1987), 8 C.H.R.R. D/4240

nis aux membres du public qui demandent leur admission à l'université et aux services fournis au sein de l'université qui sont habituellement offerts au public. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire que le directeur de l'École a exercé en refusant de remettre à l'appelante une clé donnant accès à l'édifice de l'université et celui qu'un membre du corps professoral a exercé en refusant de remplir un formulaire d'évaluation en son nom sont propres à l'université. L'étudiant qui n'a pas été traité de façon équitable en ce qui concerne ces activités doit s'adresser aux administrateurs de l'université et non pas au Human Rights Council pour obtenir réparation.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; **distinction d'avec l'arrêt:** *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; **arrêt non suivi:** *Beattie c. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718; **arrêt critiqué:** *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536; **arrêts mentionnés:** *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Charter c. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134; *Nova Scotia (Human Rights Commission) c. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100; *Sonnenberg c. Lang* (1989), 100 R.N.-B. (2e) 413 (B.R.), inf. (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Comm. d'enq.) sur la question de la compétence; *New Brunswick School District No. 15 c. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426; *Kelly c. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216; *Hobson c. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666; *Rawala c. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Bourque c. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746; *LeDrew c. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259; *Peters c. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193; *Bloedel c. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R.

(Q.B.), aff'd (1987), 8 C.H.R.R. D/4139 (Bd. Inq.) (*sub nom. Chambers v. Saskatchewan (Department of Social Services)*); *Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357; *Calgary Board of Education v. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (Alta. Q.B.), aff'd (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) v. Alberta (Human Rights Commission)*).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5. *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 12.

Fair Practices Act, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 4(1).

Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1) [rep. & sub. 1976, c. 31, s. 2; am. 1985, c. 30, s. 7; 1992, c. 30, s. 5].

Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 4 [rep. & sub. 1991, c. 12, s. 1].

Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 2(1).

Human Rights Act, R.S.Y. 1986, c. 11 (Supp.), s. 8.

Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3.

Human Rights Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, c. 43, s. 2.

Human Rights Code, R.S.N. 1990, c. H-14, s. 6(1).

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.

Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M., c. H175, s. 13(1).

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 3 [am. 1985, c. 33, s. 2; 1990, c. 23, ss. 2, 3].

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, c. 209, s. 3.

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 12 [am. 1989-90, c. 23, s. 8].

Authors Cited

Baer, Marvin G. "A Famous Victory: Insurance Corporation of British Columbia v. Robert C. Heerspink and Director, Human Rights Code" (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299.

Greschner, Donna. "Why *Chambers* is Wrong: A Purposeful Interpretation of 'Offered to the Public'" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161.

446 (C.A. Sask.), inf. (1987), 8 C.H.R.R. D/4240 (B.R.), conf. (1987), 8 C.H.R.R. D/4139 (Comm. d'enq.) (*sub nom. Chambers c. Saskatchewan (Department of Social Services)*); *Singh c. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357; *Calgary Board of Education c. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (B.R. Alb.), conf. par (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) c. Alberta (Human Rights Commission)*).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 12.

Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, art. 13(1).

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19.

Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 4 [abr. & rempl. 1991, ch. 12, art. 1].

Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 2(1).

Human Rights Act, R.S.Y. 1986, ch. 11 (suppl.), art. 8.

Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3.

Human Rights Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, ch. 43, art. 2.

Human Rights Code, R.S.N. 1990, ch. H-14, art. 6(1).

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 3 [mod. 1985, ch. 33, art. 2; 1990, ch. 23, art. 2, 3].

Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, ch. 209, art. 3.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.

Loi prohibant la discrimination, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 4(1).

Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 5(1) [abr. & rempl. 1976, ch. 31, art. 2; mod. 1985, ch. 30, art. 7; 1992, ch. 30, art. 5].

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 12 [mod. 1989-90, ch. 23, art. 8].

Doctrine citée

Baer, Marvin G. «A Famous Victory: Insurance Corporation of British Columbia v. Robert C. Heerspink and Director, Human Rights Code» (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299.

Greschner, Donna. «Why *Chambers* is Wrong: A Purposeful Interpretation of 'Offered to the Public'» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161.

Keene, Judith. *Human Rights in Ontario*. Toronto: Carswell, 1983.

Keene, Judith. *Human Rights in Ontario*. Toronto: Carswell, 1983.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58, affirming a decision of Lander J. (1988), 10 C.H.R.R. D/6112, which set aside a decision of the British Columbia Council of Human Rights (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. ^a Appeals allowed, Major J. dissenting. ^b

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58, qui a confirmé une décision du juge Lander (1988), 10 C.H.R.R. D/6112, qui avait annulé une décision du British Columbia Council of Human Rights (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. ^a Pourvois accueillis, le juge Major est dissident. ^b

David W. Mossop, for the appellant/respondent Berg.

David W. Mossop, pour l'appelante/intimée Berg. ^c

George H. Copley, for the appellant/respondent the British Columbia Council of Human Rights.

George H. Copley, pour l'appelant/intimé le British Columbia Council of Human Rights.

Bruce F. Fraser, Q.C., for the respondent the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences. ^d

Bruce F. Fraser, c.r., pour l'intimée l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique.

William F. Pentney, for the intervener.

William F. Pentney, pour l'intervenante.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by ^e

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LAMER C.J.— ^f

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Facts

I. Les faits

On July 2, 1985, Janice Berg filed a complaint against the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences (the "School"), alleging ^g

Le 2 juillet 1985, Janice Berg a déposé une plainte contre l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique (l'«École»), dans laquelle elle alléguait

that the University of British Columbia and the School of Family and Nutritional Sciences discriminated against me with respect to a service customarily available to the public because of a mental disability, contrary to Section 3 of the Human Rights Act of British Columbia. ^h

[TRADUCTION] que l'Université de la Colombie-Britannique et l'École des sciences de la famille et de l'alimentation ont, en raison d'une déficience mentale, agi de façon discriminatoire envers moi à l'égard de services habituellement offerts au public, contrairement à l'article 3 de la Human Rights Act de la Colombie-Britannique. ⁱ

Since the early 1970's, Berg has had a history of controllable recurrent depression. In 1979, she was accepted into the Master's program of the School. As a student, Berg consistently performed above ^j

Depuis le début des années 1970, M^{me} Berg souffre de dépression chronique qui peut être contrôlée. En 1979, elle a été admise au programme de maîtrise de l'École. Elle a obtenu régulièrement

average and, following her nomination by the School, was awarded a National Research Council Scholarship. Although she experienced a recurrence of depression in the fall of 1981, she continued to attend classes and, according to the evidence, was capable of responding to the same demands and expectations as other students.

In the fall of 1981, on a particularly stressful day, Berg wrote "I am dead" on the mirror in the School's washroom. Later the same day, when frightened upon seeing RCMP and security personnel in the hall, she attempted to jump through a plate glass window. These events were referred to as the "incident" in the judgments.

In August 1982, Berg was advised by one of the School's instructors, Dr. Schwartz, that one of the requirements which had to be satisfied in order for a student to be considered for a Canadian Dietetic Association ("CDA") hospital internship was that the School submit a rating sheet completed by faculty members. Berg was further advised that the blank forms were sent to Dr. Schwartz and that, upon a request from a student, faculty members were to fill out the rating sheets. In August 1983, Berg applied through the CDA for an internship and asked Dr. Schwartz that a rating sheet be completed on her behalf. Dr. Schwartz refused to arrange the completion of the rating sheet on the basis of her "experience of" Berg and her "observation of [Berg's] behaviour and her problems." Dr. Schwartz testified that she was not obliged to fill out the sheet and that she had refused to do so on a number of occasions every year. However, the Director of the School, Dr. Rodgers, testified that he had never heard of a student other than Berg being denied a rating sheet.

des résultats scolaires supérieurs à la moyenne et, après que sa candidature eut été retenue par l'École, elle s'est vu accorder une bourse du Conseil national de recherches. Bien qu'elle ait connu un nouvel accès de dépression pendant l'automne 1981, elle a continué d'assister aux cours et, selon la preuve, elle a pu répondre aux mêmes exigences et aux mêmes attentes que les autres étudiants.

À l'automne de 1981, pendant une journée particulièrement stressante, M^{me} Berg a écrit [TRADUCTION] «Je suis morte» sur le miroir des toilettes de l'École. Plus tard le même jour, effrayée à la vue d'agents de la GRC et d'agents de sécurité dans l'entrée de l'immeuble, elle a essayé de passer à travers une baie vitrée. Dans les jugements, on parle de l'«incident» pour désigner ces événements.

En août 1982, M^{me} Berg a été informée par l'un des professeurs de l'École, M^{me} Schwartz, que l'une des conditions que devait remplir l'étudiant désireux d'être admis à l'internat en milieu hospitalier de l'Association canadienne des diététistes («ACD») était que l'École présente un formulaire d'évaluation rempli par des membres du corps professoral. Madame Berg a également été avisée que les formulaires en blanc avaient été envoyés à M^{me} Schwartz et qu'à la demande d'un étudiant les membres du corps professoral devaient remplir les formulaires d'évaluation. En août 1983, M^{me} Berg s'est adressée à l'ACD pour être admise à l'internat et a demandé à M^{me} Schwartz de faire remplir un formulaire d'évaluation en son nom. Madame Schwartz a refusé de prendre les mesures nécessaires pour que soit rempli le formulaire, en raison de [TRADUCTION] «ce qu'elle connaissait» de M^{me} Berg et de [TRADUCTION] «ce qu'elle avait pu remarquer au sujet du comportement et des problèmes de [M^{me} Berg]». Madame Schwartz a témoigné qu'elle n'était pas tenue de remplir le formulaire et qu'elle avait refusé de le faire à un certain nombre de reprises chaque année. Toutefois, le directeur de l'École, M. Rodgers, a témoigné qu'il n'avait jamais entendu dire qu'un autre étudiant que M^{me} Berg s'était vu refuser un formulaire d'évaluation.

In 1984, Berg applied but was denied entry to a dietetic internship at Vancouver General Hospital. Douglas J. Wilson, the member-designate of the British Columbia Council of Human Rights who conducted the inquiry, found that the decision was based on the School's refusal to provide a rating sheet when it was first requested.

Graduate students were also granted keys to facilitate their after-hours building access. Berg had a key to the School's old building, but when the School moved to new premises in 1982, Berg was denied a key although other graduate students were provided with one and she was never asked to surrender her key to the old building after the incident. Assured by a physician that there was no risk, Dr. Rodgers issued Berg a key approximately one year after she had first requested one. The member-designate found that the refusal caused Berg humiliation and embarrassment.

In his decision, the member-designate found that the School had contravened s. 3 of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, by denying Berg a key to the School and by denying her a rating sheet by reason of her mental disability: (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. He awarded her \$2,000 for the indignity and humiliation she suffered.

The School sought judicial review of that decision and a declaration that the member-designate lacked jurisdiction to make his decision and erred in his interpretation of the Act. Lander J. of the British Columbia Supreme Court set aside the decision of the member-designate: (1988), 10 C.H.R.R. D/6112. Berg and the Human Rights Council (the "Council") appealed the decision to the British Columbia Court of Appeal which dismissed the appeals: (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58.

En 1984, M^{me} Berg a demandé, sans succès, d'être admise à un internat en diététique au Vancouver General Hospital. Douglas J. Wilson, le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights qui a mené l'enquête, a conclu que la décision était fondée sur le refus de l'École de produire un formulaire d'évaluation lorsqu'on lui avait demandé de le faire pour la première fois.

Les étudiants des deuxième et troisième cycles recevaient également une clé leur permettant d'accéder plus facilement à l'édifice en dehors des heures d'ouverture. Madame Berg possédait une clé donnant accès à l'ancien édifice de l'École, mais, lorsque celle-ci a déménagé dans de nouveaux locaux en 1982, on n'a pas voulu remettre une clé à M^{me} Berg même si les autres étudiants des deuxième et troisième cycles en avaient reçu une, et on ne lui a jamais demandé après l'incident de remettre la clé de l'ancien édifice. Comme un médecin l'avait assuré qu'il n'y avait aucun risque, M. Rodgers a remis une clé à M^{me} Berg environ un an après qu'elle en eut fait la demande pour la première fois. Le membre désigné a jugé que ce refus avait été une cause d'humiliation et d'embarras pour M^{me} Berg.

Dans sa décision, le membre désigné a conclu que l'École avait contrevenu à l'art. 3 de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, en refusant de fournir à M^{me} Berg une clé donnant accès à l'École ainsi qu'un formulaire d'évaluation en raison de sa déficience mentale: (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. Il lui a accordé une somme de 2 000 \$ pour l'outrage et l'humiliation qu'elle a subis.

L'École a demandé le contrôle judiciaire de cette décision et un jugement déclarant que le membre désigné n'avait pas compétence pour rendre sa décision et qu'il avait commis une erreur dans l'interprétation qu'il avait donnée à la Loi. Le juge Lander de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé la décision du membre désigné: (1988), 10 C.H.R.R. D/6112. Madame Berg et le Human Rights Council (le «Conseil») ont interjeté appel de cette décision auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté les appels: (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58,

Berg and the Council then sought and obtained leave to appeal to this Court, [1992] 1 S.C.R. vi.

1 W.A.C. 58. Madame Berg et le Conseil ont alors sollicité et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1992] 1 R.C.S. vi.

II. Statutory Framework

The British Columbia *Human Rights Act*, like many human rights statutes, contains words limiting the application of the Act. At the time of Berg's complaint, s. 3 of the British Columbia Act provided as follows:

3. No person shall

- (a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or
- (b) discriminate against a person or class of persons with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, physical or mental disability or sex of that person or class of persons unless the discrimination relates, in the case of sex, to the maintenance of public decency or, in the case of sex or physical or mental disability, to the determination of premiums or benefits under contracts of life or health insurance.

Thus, the legislature demonstrated an intention to restrict the application of the Act to what may be described, subject to considerable refinement below, accommodations, services or facilities provided in the "public" sphere. Although many legislatures have chosen different verbal formulae to so restrict the application of human rights legislation, the basic motivation behind such limiting words is clear: the legislature did not wish human rights legislation to regulate all of the private activities of its citizens. In this respect, the comments of Lord Reid in *Charter v. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512 (H.L.), at p. 516, are applicable:

I would infer from the Act as a whole that the legislature thought all discrimination on racial grounds to be deplorable but thought it unwise or impracticable to

^a II. Le cadre législatif

La *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, comme beaucoup de lois en matière de droits de la personne, contient des termes qui en limitent l'application. Au moment du dépôt de la plainte de M^{me} Berg, l'art. 3 de cette loi de la Colombie-Britannique prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] 3. Nul ne doit

- ^c a) priver une personne ou une catégorie de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, ou
- ^d b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une catégorie de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public,

à cause de la race, de la couleur, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la religion, de l'état matrimonial, de la déficience physique ou mentale ou du sexe de cette personne ou de cette catégorie de personnes, à moins que la distinction ne se rapporte, dans le cas du sexe, au maintien de la décence ou, dans le cas du sexe ou de la déficience physique ou mentale, à la détermination de primes ou de prestations en vertu de contrats d'assurance-vie ou d'assurance-santé.

La législature a donc manifesté l'intention de limiter l'application de la Loi à ce qui peut être décrit, sous réserve des précisions importantes apportées plus loin, comme le logement, les services ou les installations fournis dans le domaine «public». Même si bien des législatures ont retenu des formulations différentes pour limiter ainsi l'application de leur loi en matière de droits de la personne, le motif fondamental qui sous-tend de tels termes restrictifs est évident: la législature ne voulait pas que la loi en matière de droits de la personne régisse toutes les activités privées de ses citoyens. Les observations de lord Reid dans l'arrêt *Charter c. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512 (H.L.), à la p. 516, s'appliquent à cet égard:

^j [TRADUCTION] Je déduirais de la Loi dans son ensemble que la législature pensait que toute discrimination fondée sur des motifs raciaux était déplorable, mais ne

attempt to apply legal sanctions in situations of a purely private character.

It hardly requires repeating, however, that the words "public" and "private" have no self-evident meaning, and serve as the starting point, rather than the conclusion, of the analysis in this case.

Unlike many human rights codes, the British Columbia Act at the relevant time did not contain any defence to a finding that a complainant had been denied accommodations, services or facilities on prohibited grounds. That is, it was not open to the respondent School to argue that the treatment of the complainant, although based on a prohibited ground of discrimination, was nevertheless reasonably justified. As I discuss below, this aspect of the legislation may have influenced the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case. Section 3 of the Act has since been amended by S.B.C. 1992, c. 43, s. 2. It now reads:

3. (1) No person, without a bona fide and reasonable justification, shall

- (a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or
- (b) discriminate against a person or class of persons with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex or sexual orientation of that person or class of persons. [Emphasis added.]

The School's application for judicial review of the decision of the member-designate was brought under s. 3 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209:

3. The power of the court to set aside a decision because of error of law on the face of the record on an application for relief in the nature of certiorari is extended so that it applies to an application for judicial review in relation to a decision made in the exercise of a

croyait pas sage ou pratique d'essayer d'appliquer des sanctions légales dans des cas de nature purement privée.

Toutefois, il n'est guère nécessaire de répéter que les mots «public» et «privé» n'ont pas un sens évident en soi et qu'ils servent de point de départ, plutôt que de conclusion, à l'analyse dans la présente affaire.

Contrairement à de nombreux codes des droits de la personne, la loi de la Colombie-Britannique ne prévoyait, à l'époque en question, aucun moyen de défense opposable à une conclusion qu'un plaignant avait été privé d'un logement, de services ou d'installations pour des motifs illicites. C'est-à-dire que l'École intimée ne pouvait pas soutenir que le traitement accordé à la plaignante, bien que fondé sur un motif de distinction illicite, était néanmoins raisonnablement justifié. Comme nous le verrons plus loin, cet aspect de la Loi a peut-être influé sur la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce. L'article 3 de la Loi a depuis été modifié par S.B.C. 1992, ch. 43, art. 2. Il se lit ainsi désormais:

[TRADUCTION] 3. (1) Nul ne doit, sans une justification réelle et raisonnable,

- a) priver une personne ou une catégorie de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, ou
- b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une catégorie de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public

à cause de la race, de la couleur, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la religion, de l'état matrimonial, de la situation de famille, de la déficience physique ou mentale, du sexe ou de l'orientation sexuelle de cette personne ou de cette catégorie de personnes. [Je souligne.]

L'École s'est fondée sur l'art. 3 de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 209, pour demander le contrôle judiciaire de la décision du membre désigné:

[TRADUCTION] 3. Le pouvoir de la cour d'annuler une décision pour cause d'erreur de droit apparente à la lecture du dossier, à la suite d'une demande de réparation de la nature d'un certiorari est élargi de façon à s'appliquer à une demande de contrôle judiciaire concernant

statutory power of decision to the extent it is not limited or precluded by the enactment conferring the power of decision.

The *Human Rights Act* contains no privative clause, nor does the Act contain an appeal procedure.

III. The Judgments Below

British Columbia Council of Human Rights

The member-designate accepted that Berg's mental illness was a mental disability under the Act, and did not accept that the School had reasonably accommodated Berg's disability. He then addressed each of Berg's eight complaints, which were:

- (i) that she was excluded from faculty activities,
- (ii) that she was harassed during the oral defence of her thesis,
- (iii) that the School disclosed her mental illness to a prospective employer,
- (iv) that the School made adverse decisions with regard to her welfare and progress,
- (v) that she was denied enrolment in two courses,
- (vi) that her computer funds were withdrawn without reason,
- (vii) that she was denied a key to the faculty building when she first requested one, and
- (viii) that she was denied a rating sheet necessary to secure a position.

The member-designate found that all but the last two complaints were either unsupported by Berg's evidence, or the result of reasonable or routine actions by the School unrelated to Berg's mental disability.

However, with respect to the key, the member-designate found that the key had been denied

une décision rendue dans l'exercice d'un pouvoir décisionnel conféré par la loi dans la mesure où il n'est pas limité ou exclu par la loi qui confère ce pouvoir décisionnel.

^a La *Human Rights Act* ne contient aucune clause privative ni n'établit aucune procédure d'appel.

^b III. Les juridictions inférieures

British Columbia Council of Human Rights

Le membre désigné a reconnu que la maladie mentale de M^{me} Berg constituait une déficience mentale selon la Loi, mais il n'a pas reconnu que l'École avait composé raisonnablement avec la déficience de M^{me} Berg. Il a ensuite examiné chacune des huit plaintes de M^{me} Berg, où il était allégué:

- (i) qu'elle a été exclue de certaines activités de la faculté,
- (ii) qu'elle a été harcelée pendant qu'elle défendait sa thèse,
- (iii) que l'École a divulgué sa maladie mentale à un employeur éventuel,
- (iv) que l'École a rendu des décisions nuisibles à son bien-être et à son avancement,
- (v) qu'on lui a refusé la possibilité de s'inscrire à deux cours,
- (vi) qu'on lui a retiré sans raison les fonds destinés à l'usage de l'informatique,
- (vii) qu'on a refusé de lui remettre une clé donnant accès à l'édifice de la faculté lorsqu'elle en a fait la demande pour la première fois, et
- (viii) qu'on a refusé de lui fournir un formulaire d'évaluation nécessaire à l'obtention d'un poste.

Le membre désigné a conclu que toutes les plaintes, sauf les deux dernières, étaient sans fondement selon la preuve produite par M^{me} Berg ou résultaient de mesures raisonnables ou courantes de l'École qui n'avaient rien à voir avec la déficience mentale de M^{me} Berg.

^j Toutefois, en ce qui concerne la clé, le membre désigné a conclu qu'on avait refusé de la remettre

solely on the basis of Dr. Rodgers' scant, second-hand knowledge of Berg's mental disability and Dr. Schwartz's reaction to it, and as a result was neither reasonable nor responsible.

As for the rating sheet, Dr. Schwartz's testimony that there was no obligation for any faculty member to provide such a sheet was seriously undermined, the member-designate found, by Dr. Rodgers' testimony that he knew of no other student who had ever been denied such a rating sheet. Furthermore, the member-designate noted that the School did file two rating sheets for Berg after she filed human rights complaints. The member-designate also found that there was no directive or policy produced by the School indicating that its faculty members were not required to provide such rating sheets. This refusal, the member-designate found, was the result of Berg's mental disability (at p. D/4680):

Therefore, the only reasonable explanation for Dr. Schwartz's refusal to complete the rating sheet is that she was influenced by both the events leading up to "the incident," whereby the close relationship of Dr. Schwartz as [Berg's] helper and advisor ended, and the events of "the incident" itself.

Accordingly, the member-designate found that the School violated the Act by denying Berg a key to the faculty building and by denying her a rating sheet, both because of her mental disability.

British Columbia Supreme Court

The first issue considered by Lander J. was whether the provision of a key or a rating sheet constituted a "service customarily available to the public". He first noted that the member-designate did not provide reasons as to his conclusion that s. 3 of the Act applied, but rather proceeded upon

uniquement en raison de la connaissance insuffisante et de seconde main que M. Rodgers avait de la déficience mentale de M^{me} Berg et en raison de la réaction de M^{me} Schwartz face à cette déficience, et que pareil refus n'était un geste ni raisonnable ni responsable.

Quant au formulaire d'évaluation, le membre désigné a conclu que le témoignage de M^{me} Schwartz voulant que les membres du corps professoral ne soient pas tenus de fournir un tel formulaire a été grandement ébranlé par le témoignage de M. Rodgers selon lequel, à sa connaissance, aucun autre étudiant ne s'était jamais vu refuser un tel formulaire d'évaluation. En outre, le membre désigné a remarqué que l'École a effectivement produit deux formulaires d'évaluation pour M^{me} Berg après qu'elle eut déposé des plaintes fondées sur les droits de la personne. Le membre désigné a également conclu que l'École n'avait produit aucune directive ou politique indiquant que les membres de son corps professoral n'étaient pas tenus de fournir ces formulaires d'évaluation. Ce refus, de conclure le membre désigné, découlait de la déficience mentale de M^{me} Berg (à la p. D/4680):

[TRADUCTION] Par conséquent, la seule explication raisonnable du refus de M^{me} Schwartz de remplir le formulaire d'évaluation est qu'elle a été influencée tant par les événements qui ont conduit à «l'incident» et qui ont mis fin à la relation étroite qu'entretenait M^{me} Schwartz en tant qu'aide et conseillère [de M^{me} Berg], que par les événements constituant «l'incident» lui-même.

Le membre désigné a donc jugé que l'École avait contrevenu à la Loi en refusant de remettre à M^{me} Berg une clé donnant accès à l'édifice de la faculté et en refusant de remplir un formulaire d'évaluation en raison, dans les deux cas, de sa déficience mentale.

Cour suprême de la Colombie-Britannique

La première question examinée par le juge Lander était de savoir si la remise d'une clé ou d'un formulaire d'évaluation constituait un «service habituellement offert au public». Il a d'abord noté que le membre désigné n'a pas donné de raisons à l'appui de sa conclusion que l'art. 3 de la Loi s'ap-

the assumption that he had jurisdiction. Lander J. relied on Martland J.'s emphasis on the limiting nature of s. 3 in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, and then applied the reasoning in *Beattie v. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718 (N.S.C.A.). While Lander J. accepted that human rights legislation must be interpreted liberally, he nevertheless concluded (at p. D/6114):

How can it be said that [Berg] was seeking a service customarily available to the public? She was a graduate student seeking a rating sheet from a professor who was not under any duty to provide it. The university policies did not dictate that rating sheets or references for students be provided. The rating sheet was a document of an organization independent of the university.

The other issues, and specifically the key to the faculty building, must also fail because of the above reasons. I, therefore, have concluded that the decision of the Member Designate of the Human Rights Council dated December 24th, 1987, must be set aside and I so order.

British Columbia Court of Appeal

Although Legg J.A. assumed, in his decision for the court, that the provision of a rating sheet or a key to the building was an "accommodation, service or facility", noting that the word "service" was to be interpreted broadly, he did not agree that it constituted a service "customarily available to the public" within the meaning of s. 3 of the Act. In reaching that conclusion, he referred to decisions of this Court stating that human rights legislation should be interpreted so as to advance the broad policy consideration underlying it, but he also argued that this did not mean that the ordinary meaning of words should be strained. He held that the reasoning in *Beattie* applied in this case and dismissed Berg's submission that it was not a sound decision and that (following the decisions of this Court in *Insurance Corporation of British*

pliquait, mais que celui-ci a plutôt agi en tenant pour acquis qu'il avait compétence pour le faire. Le juge Lander a invoqué l'accent que le juge Martland a mis sur la nature restrictive de l'art. 3, dans l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, et il a ensuite appliqué le raisonnement suivi dans l'arrêt *Beattie c. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718 (C.A.N.-É.). Bien que le juge Lander ait convenu que la législation en matière de droits de la personne doit être interprétée de façon libérale, il a néanmoins conclu (à la p. D/6114):

[TRADUCTION] Comment peut-on dire que [M^{me} Berg] tentait d'obtenir des services habituellement offerts au public? C'était une étudiante de deuxième cycle qui essayait d'obtenir un formulaire d'évaluation d'un professeur qui n'était aucunement tenu de le lui fournir. Les politiques de l'université ne prescrivent pas la remise de formulaires d'évaluation ou de références concernant les étudiants. Le formulaire d'évaluation était un document d'un organisme indépendant de l'université.

Les autres moyens, et particulièrement celui relatif à la clé donnant accès à l'édifice de la faculté, doivent aussi échouer pour les raisons susmentionnées. J'ai donc conclu que la décision rendue par le membre désigné du Human Rights Council, le 24 décembre 1987, devait être annulée et j'ai rendu une ordonnance en ce sens.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Même si le juge Legg a présumé, dans l'arrêt qu'il a rendu au nom de la cour, que la remise d'un formulaire d'évaluation ou d'une clé donnant accès à l'édifice constituait un «logement, des services ou des installations», faisant remarquer que le mot «services» devait recevoir une interprétation large, il n'était pas d'accord pour dire qu'il s'agissait de services «habituellement offerts au public» au sens de l'art. 3 de la Loi. Pour arriver à cette conclusion, il s'est reporté à des arrêts où notre Cour a statué que les lois en matière de droits de la personne devraient être interprétées de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui les sous-tendent, mais il a également soutenu que cela ne signifiait pas qu'il fallait forcer le sens ordinaire des mots. Il a jugé que le raisonnement de l'arrêt *Beattie* s'appliquait en l'espèce et il

Columbia v. Heerspink, [1982] 2 S.C.R. 145, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84) it would not be upheld today, noting that *Beattie* had been recently followed. He held (at p. 307 B.C.L.R.):

In my opinion, s. 3 of the Act has no application to the facilities or services of the type under consideration here which were available only to students who were registered at the university and who were enrolled as students at the school. Human rights legislation obviously applies to members of the public seeking admission or entrance to the university from outside the university. The legislation may also have a place within the university setting. It does not apply, however, to the type of service under consideration here which was only available to students with particular qualifications who were enrolled in courses at the school.

Legg J.A. also dismissed Berg's submission that the fact that accommodations, services and facilities were not provided to the public at large had not prevented legislation equivalent to s. 3 of the Act being interpreted to apply to such services or facilities, distinguishing each case submitted by Berg.

Legg J.A. felt that the provision of a service which requires the exercise of a discretion is a circumstance which may weigh against it being a service customarily available to the public, but recognized that there may be instances where such services, although discretionary, are customarily available to the public. However, he stated (at p. 309 B.C.L.R.):

But the personal nature of the assessment required by the rating sheet and the discretionary nature of the decision whether to provide such assessment to the individual student indicate that under all the circumstances of this case the providing of the rating sheet was not an accommodation, service or facility that was customarily made available to members of the public.

a a rejeté l'argument de M^{me} Berg selon lequel cette décision n'était pas judicieuse et (à la suite des arrêts de notre Cour *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84) ne serait pas maintenue aujourd'hui, tout en faisant observer que l'arrêt *Beattie* avait été suivi récemment. Il a dit (à la p. 307 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] À mon avis, l'art. 3 de la Loi ne s'applique pas aux installations ou aux services du genre de ceux qui sont examinés en l'espèce et qui étaient offerts seulement aux étudiants qui étaient inscrits à l'université et faisaient partie de l'école. La loi en matière de droits de la personne s'applique évidemment aux membres du public qui cherchent à être admis ou à entrer à l'université. Cette loi peut également avoir sa place au sein de l'université. Elle ne s'applique pas, cependant, au genre de services en cause en l'espèce, qui étaient offerts seulement à des étudiants qui remplissaient des conditions particulières et étaient inscrits aux cours de l'école.

Faisant une distinction d'avec chaque arrêt invoqué par M^{me} Berg, le juge Legg a également rejeté l'argument de cette dernière voulant que le fait que le logement, les services et les installations n'étaient pas fournis au grand public n'avait pas empêché que des dispositions législatives équivalent à l'art. 3 de la Loi soient interprétées de façon à s'appliquer à de tels services ou installations.

Le juge Legg a considéré que la fourniture d'un service qui exige l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est un facteur qui peut empêcher de considérer ce service comme étant habituellement offert au public, mais il a reconnu qu'il peut y avoir des cas où de tels services, quoique discrétionnaires, sont habituellement offerts au public. Toutefois, il a affirmé (à la p. 309 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] Mais le caractère personnel de l'appréciation requise par le formulaire d'évaluation et le caractère discrétionnaire de la décision de fournir ou non une telle appréciation à un étudiant en particulier indiquent que, selon toutes les circonstances de la présente affaire, la remise d'un formulaire d'évaluation ne constituait pas un logement, un service ou une installation qui étaient habituellement offerts au public.

As to the issue of the key, Legg J.A. expressed doubts that Berg had filed a complaint on this issue which complied with the requirements of the Act. However, he held that the denial of a key was not a denial of an accommodation, service or facility customarily available to the public, nor was the refusal discrimination with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public. Legg J.A. followed the same reasoning he applied to the rating sheet and held, considering the circumstances, that the decision was discretionary. Thus, he concluded that the member-designate had no jurisdiction to determine a complaint in regard to the denial of a key or to determine whether there was discrimination with regard to the refusal to provide a key to Berg.

IV. Issues

- (a) What is the standard of judicial review of the member-designate's decision?
- (b) Do services or facilities offered by a university to a student already enrolled in the university come within the protection afforded by s. 3 of the Act against discrimination in the provision of "accommodations, services or facilities customarily available to the public"?
- (c) Does the element of discretion or personal evaluation in the providing of a service or facility affect the applicability of the protection afforded in s. 3 of the Act against discrimination in the provision of such a service or facility?

V. Analysis

A. *The Standard of Review*

Recently, in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, this Court considered the appropriate standard of judicial review of certain decisions of human rights tribunals. La Forest J. wrote that courts have deferred to administrative tribunals' reasonable decisions on questions of law where those tribunals are protected by a privative clause. He also noted that courts have also deterred

Quant à la question de la clé, le juge Legg doutait que M^{me} Berg ait déposé à ce sujet une plainte qui était conforme aux exigences de la Loi. Cependant, il a conclu que le refus de remettre une clé n'était ni un refus de fournir un logement, des services ou des installations habituellement offerts au public, ni un acte discriminatoire à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public. Le juge Legg a suivi le même raisonnement qu'il a appliqué au formulaire d'évaluation, pour conclure que, compte tenu des circonstances, il s'agissait d'une décision discrétionnaire. Il a donc conclu que le membre désigné n'avait pas le pouvoir de trancher une plainte au sujet du refus de remettre une clé, ni de déterminer s'il y avait eu discrimination en ce qui concerne le refus de fournir une clé à M^{me} Berg.

d IV. Les questions en litige

- a) Quelle est la norme de contrôle judiciaire de la décision du membre désigné?
- b) Les services ou les installations offerts par une université à un étudiant déjà inscrit à cette université sont-ils visés par la protection que l'art. 3 de la Loi accorde contre la discrimination dans la fourniture «d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public»?
- c) L'élément de discrétion ou d'évaluation personnelle dans la fourniture de services ou d'installations influe-t-il sur l'applicabilité de la protection que l'art. 3 de la Loi accorde contre la discrimination dans la fourniture de tels services ou installations?

h V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

Récemment, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, notre Cour a examiné la norme appropriée du contrôle judiciaire de certaines décisions des tribunaux des droits de la personne. Le juge La Forest a affirmé que les cours de justice s'en sont remises aux décisions raisonnables que des tribunaux administratifs avaient rendues sur des questions de droit, dans les

to tribunals not so protected, for reasons of relative expertise, but observed (at p. 584) that, in relation to general questions of law such as the one in question in that case,

the position of a human rights tribunal is not analogous to a labour board (and similar highly specialized bodies) to which, even absent a privative clause, the courts will give a considerable measure of deference on questions of law falling within the area of expertise of these bodies because of the role and functions accorded to them by their constituent Act in the operation of the legislation.

Accordingly, La Forest J. concluded (at p. 585) that “a human rights tribunal does not appear to me to call for the same level of deference as a labour arbitrator” on such general questions of law.

As La Forest J. noted in *Mossop*, the superior expertise of a human rights tribunal does relate to fact-finding and adjudication in a human rights context, but “does not extend to general questions of law”. Turning to the issue before the Court, it is clear that the question of what constitutes a service customarily available to the public is a general question of law with wide social implications, in which the Council has no particular expertise. There being no reason why deference should be given to the Council on this question, the appropriate standard of review is one of correctness.

However, I would add the important qualification that the member-designate’s decision with respect to s. 3 includes an important factual component. Whereas the meaning and scope of the phrase “accommodation, service or facility customarily available to the public” are, in the context of s. 3, legal determinations, a determination of whether the Act applies also requires the member-designate to turn his or her mind to what is “customarily” done on the facts of the particular case.

cas où ces tribunaux étaient protégés par une clause privative. Il a également fait remarquer que les cours de justice s’en sont aussi remises à des tribunaux administratifs qui ne jouissaient pas de cette protection, en raison de leur expertise relative, mais il a fait observer (à la p. 584) que, relativement à des questions générales de droit comme celle dont il était question dans cette affaire,

la position d’un tribunal des droits de la personne n’est pas analogue à celle d’un conseil des relations du travail (ou d’un organisme similaire hautement spécialisé) à l’endroit duquel, même en l’absence d’une clause privative, les cours de justice feront preuve d’une grande retenue relativement à des questions de droit relevant de l’expertise de ces organismes en raison du rôle et des fonctions qui leur sont conférés par leur loi constitutive.

En conséquence, le juge La Forest conclut (à la p. 585) qu’«un tribunal des droits de la personne ne me paraît pas commander le même niveau de retenue qu’un arbitre» relativement à de telles questions générales de droit.

Comme le juge La Forest l’a fait remarquer dans l’arrêt *Mossop*, l’expertise supérieure d’un tribunal des droits de la personne porte sur l’appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne, mais elle «ne s’étend pas aux questions générales de droit». En ce qui concerne la question dont est saisie notre Cour, il est évident que la question de savoir ce qui constitue un service habituellement offert au public est une question générale de droit qui a de vastes répercussions sociales et relativement à laquelle le Conseil n’a aucune expertise particulière. Comme il n’y a aucune raison de faire preuve de retenue envers le Conseil à ce sujet, la norme de contrôle appropriée est celle de la justesse ou de l’absence d’erreur.

Toutefois, j’ajouterais l’importante réserve selon laquelle la décision du membre désigné en ce qui concerne l’art. 3 comporte un élément factuel important. Attendu que le sens et la portée de l’expression «logement, services ou installations habituellement offerts au public» sont des conclusions de droit dans le contexte de l’art. 3, la question de savoir si la Loi s’applique exige également que le membre désigné tienne compte de ce qui se fait «habituellement» d’après les faits de l’affaire en

That is, while there is a legal meaning to the term “customarily”, there is also the question whether, on the evidence, a “custom” has been sufficiently established and demonstrated so that a deviation from that custom may be attributable to discrimination. Therefore, while the Court will not defer to the member-designate’s interpretation of s. 3, the Court will defer to his factual findings with respect to what is or is not customarily done.

B. Section 3

(a) Interpreting Human Rights Legislation

In my reasons in *Heerspink*, I commented on the unique nature of human rights legislation (at pp. 157-58):

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the “human rights” of the people living in that jurisdiction, then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others.

Following *Heerspink*, this Court has had many occasions to comment on the privileged status of human rights legislation. In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, *supra*, McIntyre J. observed (at p. 547) that “[l]egislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.” This Court has repeatedly stressed that a broad, liberal and purposive approach is appropriate to human rights legislation, and that such legislation, according to La Forest J. in *Robichaud*, at p. 89, “must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it”. These comments serve to underline the importance of the mandate of s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which directs that “[e]very enactment is deemed remedial, and shall be given such

cause. C’est-à-dire que, bien qu’il existe une acception juridique du terme «habituellement», il s’agit également de savoir si, d’après la preuve, on a démontré suffisamment l’existence d’une «habitude» pour qu’une dérogation à cette habitude puisse être attribuable à un acte discriminatoire. Par conséquent, même si la Cour ne s’en remettra pas à l’interprétation de l’art. 3 donnée par le membre désigné, elle s’en remettra à ses conclusions de fait au sujet de ce qui se fait ou ne se fait pas habituellement.

B. Article 3

a) L’interprétation des lois en matière de droits de la personne

Dans les motifs que j’ai rédigés dans l’affaire *Heerspink*, j’ai fait observer ce qui suit au sujet de la nature exceptionnelle des lois en matière de droits de la personne (aux pp. 157 et 158):

Lorsque l’objet d’une loi est décrit comme l’énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n’y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l’entremise de leur législateur, clairement indiqué qu’ils considèrent que cette loi et les valeurs qu’elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres.

Suivant l’arrêt *Heerspink*, notre Cour a eu l’occasion à maintes reprises de faire des observations sur le statut privilégié des lois en matière de droits de la personne. Dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité, le juge McIntyre fait observer (à la p. 547) qu’«[u]ne loi de ce genre est d’une nature spéciale. Elle n’est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d’une nature qui sort de l’ordinaire. Il appartient aux tribunaux d’en rechercher l’objet et de le mettre en application.» Notre Cour n’a cessé de souligner qu’il convient de donner à une loi en matière de droits de la personne une interprétation large, libérale et fondée sur l’objet visé et que, selon le juge La Forest dans l’arrêt *Robichaud*, à la p. 89, «on doit interpréter [une telle loi] de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent». Ces observations servent à souligner l’importance de la mission de l’art. 12 de la *Loi*

fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.”

This interpretive approach does not give a board or court license to ignore the words of the Act in order to prevent discrimination wherever it is found. While this may be a laudable goal, the legislature has stated, through the limiting words in s. 3, that some relationships will not be subject to scrutiny under human rights legislation. It is the duty of boards and courts to give s. 3 a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature.

(b) Interpretation of Section 3

(i) *Analogous Provisions*

Most, but not all, human rights Acts contain similar limiting provisions. The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5, provides that discrimination on prohibited grounds in the “provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public” is prohibited. Some statutes prohibit discrimination in the same field as the British Columbia Act’s “customarily available to the public” (see Alberta’s *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 3). New Brunswick’s *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1), refers more broadly to services, etc., “available to the public”; Quebec’s *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 12, refers to goods and services “ordinarily offered to the public”, and the Yukon Territory’s *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986, c. 11 (Supp.), s. 8, applies to any person “offering or providing services, goods, or facilities to the public”.

d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui dispose que «[t]out texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.»

Cette méthode d’interprétation ne permet pas à une commission ou à une cour de justice de faire abstraction des termes de la Loi pour empêcher les pratiques discriminatoires où que ce soit. Bien que ce puisse être là un but louable, la législature a affirmé, au moyen des termes restrictifs de l’art. 3, que certaines relations ne seront pas sujettes à un examen fondé sur la loi en matière de droits de la personne. Il incombe aux commissions et aux cours de justice de donner à l’art. 3 une interprétation libérale et fondée sur l’objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner l’intention de la législature.

b) L’interprétation de l’art. 3

(i) *Dispositions analogues*

La plupart des lois en matière de droits de la personne, et non pas toutes, contiennent des dispositions restrictives semblables. L’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, prévoit qu’il est interdit au «fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public» d’accomplir un acte discriminatoire fondé sur un motif illicite. Certaines lois interdisent la discrimination dans le même domaine que la disposition [TRADUCTION] «habituellement offerts au public» figurant dans la loi de la Colombie-Britannique (voir l’*Individual’s Rights Protection Act* de l’Alberta, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 3). La *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, par. 5(1), mentionne de manière plus générale les services, etc., «disponibles au public»; la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, art. 12, parle des biens et services «ordinairement offerts au public», et la *Human Rights Act* du territoire du Yukon, R.S.Y. 1986, ch. 11 (suppl.), art. 8, s’applique à toute personne qui offre ou fournit au public des services, des biens ou des installations.

Other statutes phrase the limitation in more spatial terms: see Newfoundland's *Human Rights Code*, R.S.N. 1990, c. H-14, s. 6(1) ("to which members of the public customarily have access or which are customarily offered to the public"); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 12(1) ("to which the public is customarily admitted or which are offered to the public"); the Northwest Territories' *Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 4(1) ("available in any place to which the public is customarily admitted"), and Prince Edward Island's *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 2(1) ("to which members of the public have access").

Some legislatures have addressed the issues in these appeals directly. In Manitoba, *The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M. c. H175, s. 13(1), prohibits discrimination in the provision of a list of services "available or accessible to the public or to a section of the public", and Nova Scotia's *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 4, defines discrimination in terms of the denial of "opportunities, benefits and advantages available to other individuals or classes of individuals in society". (Emphasis added.)

The human rights legislation of Ontario (*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19) contains no such limiting words. This was not always the case in Ontario, where the former wording of the Code resulted in decisions from the Ontario Court of Appeal severely restricting the application of the legislation. It has been suggested that these decisions of the Ontario Court of Appeal were the catalyst for the amendment (see Judith Keene, *Human Rights in Ontario* (1983), at p. 14).

As is clear from this brief survey, the legislatures of the various provinces have chosen a num-

D'autres lois formulent la restriction davantage en termes d'espace: voir le *Human Rights Code* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. H-14, par. 6(1) ([TRADUCTION] «auxquels le public a habituellement accès ou qui sont habituellement offerts au public»); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, par. 12(1) ([TRADUCTION] «auxquels le public est habituellement admis ou qui sont offerts au public»); la *Loi prohibant la discrimination* des Territoires du Nord-Ouest, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, par. 4(1) («se trouvant dans un endroit où le public est ordinairement admis»), et la *Human Rights Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, par. 2(1) ([TRADUCTION] «auxquels le public a accès»).

Certaines législatures ont abordé directement les questions visées par les présents pourvois. Au Manitoba, le *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, par. 13(1), interdit les pratiques discriminatoires dans la fourniture d'une liste de services «mis à la disposition du public ou à une partie de celui-ci ou accessibles à ce public ou à une partie de celui-ci», et la *Human Rights Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 4, définit la discrimination en fonction du refus de [TRADUCTION] «possibilités, de prestations et d'avantages offerts à d'autres individus ou catégories d'individus dans la société.» (Je souligne.)

La loi ontarienne sur les droits de la personne (*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19) ne contient aucun terme restrictif de ce genre. Ce n'a pas toujours été le cas en Ontario où l'ancien texte du Code a donné lieu à des arrêts où la Cour d'appel de l'Ontario a restreint rigoureusement l'application de la Loi. On a laissé entendre que ce sont ces arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario qui ont entraîné la modification (voir Judith Keene, *Human Rights in Ontario* (1983), à la p. 14).

Comme le démontre clairement cette brève étude, les législatures des diverses provinces ont

ber of different limiting formulae, but it is also clear that they have done so to achieve the same end. That end was simply articulated by Linden J.A. of the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391, at p. 398: “The essential aim of the wording is to forbid discrimination by enterprises which purport to serve the public.” Furthermore, it appears that the specific wording of the particular sections at issue was rarely the determinative element in previous decisions. For example, Wilson J.A. (as she then was), dissenting in *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134 (C.A.), referred to the differences between provincial codes, but stated (at p. 141) that “despite the difference in wording . . . a number of the observations made by the learned Supreme Court Justices in the *Gay Alliance* case have to be considered in the context of this appeal”. If human rights legislation is to be interpreted in a purposive manner, differences in wording between provinces should not obscure the essentially similar purposes of such provisions, unless the wording clearly evinces a different purpose on behalf of a particular provincial legislature. In *Rosin*, Linden J.A. rightly observed (at p. 401) that “[w]e should not inspect these statutes with a microscope, but should, as mentioned above, give them a full, large and liberal meaning consistent with their favoured status in the lexicon of Canadian legislation.”

(ii) “Accommodations, Services or Facilities”

The courts below assumed, and the School conceded, that the key and rating sheet were “services” within the meaning of the Act. The real issue between the parties was whether such services were, on the correct interpretation of s. 3 and the evidence, customarily available to the public. This in turn entails two inquiries: first, whether the student body of a university (or a faculty within the university) is the “public”, and if so, second,

retenu un certain nombre de formules restrictives différentes, mais il est également évident qu’elles l’ont fait dans le même but. Ce but a été énoncé de façon simple par le juge Linden de la Cour d’appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391, à la p. 398: «Cette formulation vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination.» En outre, il semble que la formulation précise des articles en cause a rarement été l’élément déterminant dans les arrêts antérieurs. Par exemple, le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour), dissidente dans *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134 (C.A.), a parlé des différences qui existent entre les codes provinciaux, mais elle a dit (à la p. 141) que [TRADUCTION] «malgré la différence que l’on constate dans la formulation [. . .] il faut prendre en considération, dans le contexte du présent appel, un certain nombre des observations que les juges de la Cour suprême ont faites dans l’arrêt *Gay Alliance*». Si les lois en matière de droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l’objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions, à moins que la formulation n’indique la poursuite d’une fin différente de la part d’une législature provinciale particulière. Dans l’arrêt *Rosin*, le juge Linden fait remarquer à juste titre (à la p. 401) que «[n]ous ne devons pas examiner ces lois à la loupe; nous devons plutôt, comme on l’a dit précédemment, leur donner une interprétation large et libérale conforme à leur statut prépondérant dans le contexte législatif canadien.»

(ii) «Logement, services ou installations»

Les tribunaux d’instance inférieure ont présumé et l’École a admis que la clé et le formulaire d’évaluation étaient des «services» au sens de la Loi. La véritable question qui se posait entre les parties était de savoir si de tels services étaient, selon la bonne interprétation de l’art. 3 et la preuve, habituellement offerts au public. À son tour, cette question en soulève deux autres: d’abord, celle de savoir si l’ensemble des étudiants d’une université

whether the services in this case were, as a matter of law and fact, customarily available to that public.

(iii) "Public"

The parties in these appeals, and the decisions on which they rely, in turn rely heavily on two previous decisions defining the limiting word "public". The first is the judgment of Martland J. in *Gay Alliance*, which is often cited as establishing an indicative, even exhaustive, list of institutions to which human rights legislation will apply. The second is *Beattie*, one of the few appellate decisions considering alleged discrimination against students already admitted to a university.

In *Gay Alliance*, a complaint was filed by the Gay Alliance Toward Equality against a newspaper, the *Vancouver Sun*, claiming that the newspaper's refusal to print its discreet advertisement was the result of discrimination against homosexuals. For the majority (Laskin C.J., Dickson and Estey JJ, dissenting), Martland J. held that there was no violation. After briefly discussing the nature of freedom of the press in Canada, Martland J. wrote (at pp. 454-55):

In my opinion the general purpose of s. 3 was to prevent discrimination against individuals or groups of individuals in respect of the provision of certain things available generally to the public. The items dealt with are similar to those covered by legislation in the United States, both federal and state. "Accommodation" refers to such matters as accommodation in hotels, inns and motels. "Service" refers to such matters as restaurants, bars, taverns, service stations, public transportation and public utilities. "Facility" refers to such matters as public parks and recreational facilities. These are all items "customarily available to the public". It is matters such as these which have been dealt with in American case law on the subject of civil rights.

Martland J. stated (at p. 455) that a corollary to the right of the freedom of the press was the newspa-

(ou d'une faculté au sein de l'université) est le «public», et ensuite, dans l'affirmative, celle de savoir si les services en l'espèce étaient, en droit et en fait, habituellement offerts à ce public.

(iii) «Public»

Les parties dans les présents pourvois, et les décisions qu'elles invoquent, s'appuient fortement à leur tour sur deux arrêts antérieurs qui définissent le terme restrictif «public». En premier lieu, il s'agit du jugement rendu par le juge Martland dans l'affaire *Gay Alliance*, que l'on cite souvent comme établissant une liste indicative, voire exhaustive, des institutions auxquelles les lois en matière de droits de la personne s'appliqueront. En second lieu, il y a l'arrêt *Beattie*, l'une des rares décisions rendues en appel qui examinent des pratiques discriminatoires dont auraient été victimes des étudiants déjà admis à une université.

Dans l'arrêt *Gay Alliance*, la Gay Alliance Toward Equality a déposé contre le journal *Vancouver Sun* une plainte dans laquelle elle prétendait que le refus du journal de publier son annonce discrète résultait d'une pratique discriminatoire à l'égard des homosexuels. Le juge Martland a conclu, au nom de la Cour à la majorité (le juge en chef Laskin et les juges Dickson et Estey étant dissidents), qu'aucune violation n'avait été commise. Après avoir examiné brièvement la nature de la liberté de la presse au Canada, le juge Martland affirme (aux pp. 454 et 455):

À mon avis, le but général de l'art. 3 est d'éviter que des individus ou des groupes d'individus soient victimes de discrimination quant à la fourniture de choses généralement offertes au public. On y vise des questions semblables à celles qui font l'objet de la législation américaine, tant celle du fédéral que celle des États. «Logement» renvoie notamment au logement dans un hôtel, une auberge ou un motel. «Services» renvoie aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-service, aux transports et aux services publics. «Installations» renvoie aux parcs publics et aux installations récréatives. Ces commodités sont toutes «habituellement offertes au public». La jurisprudence américaine sur les libertés publiques traite de sujets de cet ordre.

Le juge Martland ajoute (à la p. 455) que le droit à la liberté de la presse comporte aussi naturellement

per's "right to refuse to publish material which runs contrary to the views which it expresses" and accordingly interpreted the limiting words of the B.C. Act to the following effect: "In my opinion the service which is customarily available to the public in the case of a newspaper which accepts advertising is a service subject to the right of the newspaper to control the content of such advertising."

Cases following *Gay Alliance* to restrict the application of human rights legislation have treated the passage quoted above as an exhaustive list, or emphasized the reference to services or facilities available "generally" to the public. For example, in *Nova Scotia (Human Rights Commission) v. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100 (N.S.C.A.), Hallett J.A. wrote, for the court (at p. 104):

Although banks have their doors open for business, the open door is a mere invitation to do business; it is not an offer to provide any particular service to everyone who walks in the door. Banks and insurance companies do not provide the type of services referred to by Martland J. in the *Gay Alliance* decision as being within the meaning of the word "services" as contained in human rights legislation similar to s. 15(1)(a) of the Nova Scotia Act.

Certain decisions of other courts and boards have sought to limit *Gay Alliance's* influence. One of the most articulate and considered such decisions is the dissent of Wilson J.A. in *Ontario Rural Softball Association*. Wilson J.A. noted that the issue with respect to Martland J.'s reasons in *Gay Alliance* was whether the examples he provided were intended to be an exhaustive list, or whether they were merely illustrative of the intended general objects of human rights legislation. She concluded (at p. 142):

... while the illustrations given by the learned Justice are the accommodation, services and facilities which the anti-discrimination legislation was initially designed to ensure would be available to all, the case itself illustrates a totally different kind of service, namely, classified advertising in a newspaper, which was found to be

le «droit [pour un journal] de refuser de publier ce qui va à l'encontre des vues qu'il exprime» et il a donc interprété ainsi les termes restrictifs de la loi de la Colombie-Britannique: «À mon avis, le service qui est habituellement offert au public est, dans le cas d'un journal qui accepte des annonces, assujéti au droit du journal d'en contrôler le contenu.»

Dans les arrêts qui ont suivi *Gay Alliance* de manière à limiter l'application de lois en matière de droits de la personne, on a considéré le passage précité comme une liste exhaustive ou on a souligné la mention des services ou installations offerts [TRADUCTION] «généralement» au public. Par exemple, dans l'arrêt *Nova Scotia (Human Rights Commission) c. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100 (C.A.N.-É.), le juge Hallett affirme, au nom de la cour (à la p. 104):

[TRADUCTION] Bien que les banques soient ouvertes pour qu'on y fasse des affaires, il s'agit d'une simple invitation à y faire des affaires; ce n'est pas une offre de fournir n'importe quel service particulier à quiconque en franchit la porte. Les banques et les compagnies d'assurances ne fournissent pas le genre de services qui, d'après le juge Martland dans l'arrêt *Gay Alliance*, sont visés par le mot «services» qui figure dans les dispositions législatives sur les droits de la personne semblables à l'al. 15(1)a) de la loi de la Nouvelle-Écosse.

Certaines décisions d'autres cours de justice et de commissions ont cherché à limiter l'influence de l'arrêt *Gay Alliance*. L'une des plus claires et réfléchies de ces décisions est la dissidence du juge Wilson dans *Ontario Rural Softball Association*. Le juge Wilson a fait remarquer que la question concernant les motifs du juge Martland dans *Gay Alliance* était de savoir si les exemples qu'il donnait étaient destinés à constituer une liste exhaustive ou s'ils servaient simplement à illustrer les objets généraux visés par les lois en matière de droits de la personne. Elle a conclu (à la p. 142):

[TRADUCTION] ... bien que les exemples donnés par le juge soient le logement, les services et les installations dont les lois contre la discrimination étaient à l'origine destinées à assurer la fourniture à tous, l'affaire elle-même donne un exemple d'un genre tout à fait différent de service, à savoir une petite annonce dans un journal,

within the scope of s. 3 of the British Columbia Code as a service "customarily available to the public." I do not think therefore that it would be appropriate to refine too much on Mr. Justice Martland's illustrations. I think the learned Justice refers to them because of their historic significance in the development of the law in this area. I do not think he should be taken to have suggested that the categories of accommodation, services and facilities covered by the British Columbia section are closed.

Several decisions have repeated this analysis, including that of Daigle J. in *Sonnenberg v. Lang* (1989), 100 N.B.R. (2d) 413 (Q.B.) (overruling (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Bd. Inq.) on the jurisdictional issue), adopting *New Brunswick School District No. 15 v. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426 (N.B.C.A.). Daigle J. in *Sonnenberg*, wrote (at p. 426):

... in my opinion the majority opinion written by Martland J., although it explained the genesis of human rights contemplated by the statute concerned by providing examples of legally protected rights, did not intend to restrict services and facilities available to the public to these examples alone because it held that the classified section of the Vancouver Sun fell within the scope of the Act.

See also *Kelly v. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216 (B.C.H.R.C.), and *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666 (B.C.H.R.C.), which also held that the list in *Gay Alliance* was not intended to be exhaustive. Note that *Hobson* was a decision by the same member-designate (Douglas J. Wilson) who heard this complaint, in which he engaged in an extended analysis of this issue on which his decision in this complaint is silent.

Boards and courts have also noted that an important element of the dispute in *Gay Alliance* was the competing interest of the freedom of the press. Martland J. wrote (at p. 455):

qui a été considéré comme étant visé par l'art. 3 du code de la Colombie-Britannique en tant que service «habituellement offert au public». Je ne pense donc pas qu'il conviendrait de subtiliser trop sur les exemples du juge Martland. Je crois que celui-ci les mentionne en raison de leur importance historique relativement à l'évolution du droit dans ce domaine. Je ne pense pas que l'on devrait considérer qu'il a laissé entendre que les catégories de logement, de services et d'installations visées par l'article de la Colombie-Britannique sont exhaustives.

Cette analyse a été reprise dans plusieurs décisions, dont celle rendue par le juge Daigle dans *Sonnenberg c. Lang* (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 413 (B.R.) (renversant (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Comm. d'enq.) sur la question de la compétence), adoptant l'arrêt *New Brunswick School District No. 15 c. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426 (C.A.N.-B.). Dans la décision *Sonnenberg*, le juge Daigle écrit (à la p. 426):

[TRADUCTION] ... à mon avis, la décision majoritaire exprimée par M. le juge Martland, même en expliquant la genèse des droits de la personne visés par la loi en question en énumérant des exemples de droits protégés par la loi, n'a pas voulu restreindre les services et commodités disponibles au public à ces seuls exemples car il a en fait statué que le service de petites annonces du Vancouver Sun tombait dans le champ d'application de la loi.

Voir également *Kelly c. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216 (B.C.H.R.C.), et *Hobson c. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666 (B.C.H.R.C.), où il a été également statué qu'on n'a pas voulu que la liste figurant dans *Gay Alliance* soit exhaustive. Il convient de remarquer que la décision *Hobson* a été rendue par le même membre désigné (Douglas J. Wilson) qui a entendu la présente plainte et que, dans cette décision, il a procédé à une analyse poussée de cette question au sujet de laquelle sa décision concernant la présente plainte ne dit rien.

Les commissions et les cours de justice ont noté également qu'un élément important du litige dans *Gay Alliance* était le droit concurrent de la liberté de la presse. Le juge Martland affirme (à la p. 455):

It is true that its advertising facilities are made available, at a price, to the general public. But Sun reserved to itself the right to revise, edit, classify or reject any advertisement submitted to it for publication and this reservation was displayed daily at the head of its classified advertisement section. ^a

The law has recognized the freedom of the press to propagate its views and ideas on any issue and to select the material which it publishes. As a corollary to that a newspaper also has the right to refuse to publish material which runs contrary to the views it expresses. ^b

The School identified no similar competing or compelling interest in these appeals, nor did it suggest that Berg's admission was subject to any explicit restrictions or limitations on her use of its services or facilities which would justify its actions. ^c

Berg submitted that the decision in *Gay Alliance* is obsolete, given the more recent decisions of this Court. This submission finds support in "Why *Chambers* is Wrong: A Purposive Interpretation of 'Offered to the Public'" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161, in which Professor Donna Greschner argues (at p. 173, note 44): ^e

Cases which predate this line of authorities from the Supreme Court, if they have not been implicitly reversed, are now at best of dubious precedential value. *Gay Alliance* . . . could be referred to in support of narrow interpretations of human rights statutes, and specifically a narrow interpretation of "customarily available to the public". It can be treated as overruled by the decisions from the Supreme Court since 1982. The Court would need to repudiate what it has said about human rights legislation in the past five years in order to use the same approach today. ^f

What is most often criticized about the decision in *Gay Alliance* is the fact that the limiting words of the Act were interpreted to allow the discriminatory exercise of the newspaper's discretion, even though the Act had prohibited discrimination at the "threshold" to the service or facility. That is, the newspaper could not discriminate in soliciting ^j

Il est vrai que le public en général peut utiliser, moyennant un certain prix, les services de publicité. Mais le Sun se réserve le droit de modifier, d'annoter, de classer ou de refuser une annonce qu'on lui demande de publier et cette réserve figure chaque jour en tête de sa section des petites annonces.

Le droit a reconnu la liberté de la presse de diffuser ses opinions et ses idées et de choisir ce qu'elle publie. Conséquemment, un journal a également le droit de refuser de publier ce qui va à l'encontre des vues qu'il exprime.

L'École n'a reconnu aucun droit concurrent ou contraignant semblable dans les présents pourvois ni n'a laissé entendre que l'admission de M^{me} Berg était assujettie à quelques restrictions ou limitations expresses concernant son utilisation des services ou installations de l'École, qui justifieraient les actions de cette dernière. ^d

Madame Berg a soutenu que l'arrêt *Gay Alliance* est désuet en raison des arrêts plus récents de notre Cour. Cet argument est étayé par un article de doctrine intitulé «Why *Chambers* is Wrong: A Purposive Interpretation of «Offered to the Public»» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161, dans lequel le professeur Donna Greschner fait valoir (à la p. 173, note 44): ^f

[TRADUCTION] Les arrêts qui ont précédé ce courant de jurisprudence de la Cour suprême, s'ils n'ont pas été infirmés implicitement, ont maintenant au mieux une valeur douteuse à titre de précédents. On pourrait mentionner *Gay Alliance* [. . .] à l'appui d'interprétations strictes de lois sur les droits de la personne et, particulièrement, à l'appui d'une interprétation stricte de l'expression «habituellement offerts au public». Cet arrêt peut être considéré comme ayant été renversé par des arrêts que la Cour suprême a rendus depuis 1982. La Cour devrait désavouer ce qu'elle a dit au sujet des lois sur les droits de la personne durant les cinq dernières années, pour avoir recours à la même méthode aujourd'hui.

Ce qui est le plus souvent critiqué au sujet de l'arrêt *Gay Alliance*, c'est le fait que les termes restrictifs de la Loi ont été interprétés de manière à permettre l'exercice, de façon discriminatoire, du pouvoir discrétionnaire du journal, même si la Loi avait interdit la discrimination à l'«étape de l'accès» aux services ou aux installations. C'est-à-

advertisements, but could discriminate in deciding which advertisements it would accept.

I rejected this result in *Heerspink*, where the Insurance Corporation of British Columbia claimed that its discretionary termination rights in insurance contracts were part of the service customarily available to the public and therefore beyond the scrutiny of the Act. Martland J., dissenting in *Heerspink*, applied his *Gay Alliance* reasoning to policies of insurance (at p. 156):

The appellant did not deny to the respondent the service which it customarily made available to the public. It issued a policy to him. He accepted the policy and, in so doing, agreed that his policy would be subject to the terms of Statutory Condition 5, imposed by the Legislature. That term of the contract gave to both parties the absolute right to terminate it at will. The appellant exercised its contractual right. The termination of the contract by the appellant was not a denial of a service. It was the exercise of a contractual right.

My response to this argument was as follows (at p. 159):

The suggested interpretation of "customarily available to the public" would enable an insurer to accomplish by termination of a policy that which would be clearly forbidden on an application for the issuance of a policy, and to insulate such action from any investigation of the reasons therefor. Worse it could even do with impunity, because it is done beyond the reach of the section, what under the section can never, as a matter of law, be a reasonable cause.

On this interpretation of the law, that an insurance company terminated fire insurance coverage of a building upon learning that the insured owner rented the premises to coloured persons would not even trigger s. 3. Had the company for that very same reason denied the coverage at the outset, not only would the section be triggered but also successfully for the complainant. The legislature cannot have intended such a result. [Emphasis in original.]

dire que le journal ne pouvait pas faire de discrimination en sollicitant des annonces, mais il pouvait en faire en décidant quelles annonces il accepterait.

J'ai rejeté ce résultat dans l'arrêt *Heerspink*, où l'Insurance Corporation of British Columbia prétendait que ses droits de mettre fin de façon discrétionnaire à des contrats d'assurance faisaient partie des services habituellement offerts au public et échappaient donc à l'examen fondé sur la Loi. Le juge Martland, dissident dans l'arrêt *Heerspink*, a appliqué aux polices d'assurance le raisonnement qu'il avait adopté dans l'arrêt *Gay Alliance* (à la p. 156):

L'appelante n'a pas refusé à l'intimé le service qu'elle offre habituellement au public. Elle lui a délivré une police d'assurance. Il a accepté cette police et, ce faisant, il a convenu que celle-ci serait assujettie aux dispositions de la clause légale 5 imposée par le législateur. Cette disposition du contrat accorde aux deux parties le droit absolu de le résilier à leur gré. L'appelante a exercé le droit que le contrat lui reconnaît. La résiliation du contrat par l'appelante ne constitue pas un refus de service. Il s'agit de l'exercice d'un droit contractuel.

Ma réponse à cet argument a été la suivante (à la p. 159):

L'interprétation proposée de l'expression «ordinairement offerts au public» permettrait à un assureur de faire par la résiliation d'une police ce qui lui est nettement défendu à l'occasion d'une proposition d'assurance tout en soustrayant ses motifs à une enquête. Pis encore, il pourrait même faire impunément, parce qu'il le ferait hors de la portée de l'article, ce qui en vertu de l'article ne peut jamais, en droit, être une cause raisonnable.

Selon cette interprétation du droit, la résiliation par une société d'assurances d'une police d'assurance-incendie après avoir appris que le propriétaire assuré a loué les lieux assurés à des personnes de couleur ne donnerait même pas lieu à l'application de l'art. 3. Si la société refusait d'assurer pour exactement le même motif lorsqu'on lui présente une proposition d'assurance, non seulement l'article s'appliquerait, mais on donnerait raison au plaignant. Le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat. [Souligné dans l'original.]

In a comment on *Heerspink* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299, Marvin G. Baer wrote of this passage (at p. 309):

This is a succinct refutation of part of the reasoning in the *Gay Alliance* case, although Mr. Justice Lamer does not expressly say that that part of the judgment in the earlier case was wrong or should be treated as obiter dictum. While the Chief Justice and Dickson J. did not concur in this judgment, in view of their dissent in *Gay Alliance*, this may now represent the view of the majority of the Supreme Court of Canada.

This reasoning has been repeated in subsequent cases. For example, in *Rawala v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057, the Ontario Board of Inquiry wrote (at p. D/1063):

The suggestion [of the respondent] is that provided the admissions decision is made on the basis of criteria which do not offend the Code, those services and facilities which are made available exclusively to students are not made available to the public and hence discriminatory conduct is beyond the reach of s. 2.

Although there is some support in the case law for a notion of this kind, it must be said that on the face of it this proposition seems manifestly unsound. It would be a bizarre reading of s. 2, in my view, which would permit a restaurant which admits into its premises and serves food to customers of any race, colour or creed to discriminate along racial lines with respect to the provision of washroom facilities. Could it be seriously maintained that a hotel which accepted guests on a non-discriminatory basis would nonetheless be permitted to exclude certain ethnic groups from the use of the pool, tennis courts or laundry facilities?

I agree, and would limit the holding in *Gay Alliance* on two bases: (i) the respondent's competing interest in the freedom of the press was used to limit the complainant's right to freedom from discrimination in that decision, and (ii) the reasoning of Martland J. leads to an artificial and unacceptable distinction between the rights a person has at the threshold of admission to an accommodation, service or facility, and the rights he or she has once admitted to the accommodation, service or facility.

Dans un commentaire de l'arrêt *Heerspink* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299, Marvin G. Baer écrit ce qui suit (à la p. 309):

[TRADUCTION] C'est une brève réfutation d'une partie du raisonnement suivi dans l'arrêt *Gay Alliance*, bien que le juge Lamer ne dise pas expressément que cette partie du jugement dans l'arrêt antérieur était erronée ou devrait être considérée comme une opinion incidente. Quoique le Juge en chef et le juge Dickson n'aient pas souscrit à ce jugement, étant donné leur dissidence dans *Gay Alliance*, cela peut maintenant représenter l'opinion de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada.

Ce raisonnement a été repris dans des affaires subséquentes. Par exemple, dans *Rawala c. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057, la commission d'enquête ontarienne affirme (à la p. D/1063):

[TRADUCTION] [L'intimé] laisse entendre que, pourvu que la décision d'admettre des personnes soit fondée sur des critères qui ne contreviennent pas au Code, ces services et ces installations qui sont offerts exclusivement à des étudiants ne sont pas offerts au public et ainsi la pratique discriminatoire échappe à l'application de l'art. 2.

Bien que la jurisprudence appuie jusqu'à un certain point une notion de ce genre, il faut dire qu'à première vue cette proposition semble manifestement peu valable. Ce serait, selon moi, une interprétation bizarre de l'art. 2 qui permettrait qu'un restaurant qui admet dans ses murs et sert des clients de toutes les races, couleurs ou croyances établisse des distinctions fondées sur la race en ce qui concerne l'accès aux toilettes. Pourrait-on soutenir sérieusement qu'un hôtel qui accepte des invités sur une base non discriminatoire pourrait néanmoins empêcher certains groupes ethniques d'utiliser la piscine, les terrains de tennis ou la buanderie?

Je suis d'accord et je limiterais la conclusion de l'arrêt *Gay Alliance* pour deux motifs: (i) le droit concurrent de l'intimé à la liberté de la presse a été utilisé pour restreindre, dans cette décision, le droit de la plaignante de ne pas être victime de discrimination, et (ii) le raisonnement du juge Martland mène à une distinction artificielle et inacceptable entre les droits qu'a une personne au moment d'avoir accès à un logement, à des services ou à des installations et les droits qu'elle a une fois qu'elle a obtenu l'accès au logement, aux services ou aux installations.

This is the distinction on which the other significant prior decision was premised. In *Beattie*, the Nova Scotia Court of Appeal held that students denied places on the university basketball team because they were American citizens were not protected by the Nova Scotia legislation. MacKeigan C.J.N.S. (Coffin J.A. concurring) held that membership on the varsity basketball team was not a facility "customarily provided to members of the public" or one "to which members of the public have access" since (at p. 724):

The facilities are not provided for the public at large but are provided only for the registered students of the university. A member of the public has no right of access, unless he is a student, to athletic or other facilities of a university, or to be considered for participation in university athletics.

While MacKeigan C.J.N.S. concentrated in his reasons on the private status of Acadia University, and the University of British Columbia is a public institution operated with public funds performing a public service, I would not distinguish *Beattie* on this narrow basis. Rather, I prefer to address its conclusion which, like that in *Gay Alliance*, relies on a distinction between discrimination on the threshold of admission to a facility, and discrimination once admission to the facility has been obtained. As I have stated with respect to *Gay Alliance*, and as is forcefully illustrated in *Rawala*, this distinction leads to results the legislature cannot have intended.

Beattie has been applied in two other recent decisions (*Bourque v. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746 (Alta. Q.B.), and *LeDrew v. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259 (Nfld. Comm. Inq.)). With due respect to Legg J.A. of the Court of Appeal in this case, I must point out, however, that *Beattie* was not applied with approval by the Saskatchewan Court of Appeal in *Peters v. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193; in that

C'est la distinction sur laquelle se fondait l'autre décision antérieure importante. Dans l'arrêt *Beattie*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que les étudiants qui se sont vu refuser un poste au sein de l'équipe universitaire de basket-ball parce qu'ils étaient citoyens américains n'étaient pas protégés par la loi de la Nouvelle-Écosse. Le juge en chef MacKeigan (à l'opinion duquel a souscrit le juge Coffin) a statué que l'appartenance à l'équipe universitaire de basket-ball ne constituait pas un service [TRADUCTION] «habituellement offert au public» ou [TRADUCTION] «auquel le public a accès» puisque (à la p. 724):

[TRADUCTION] Ces installations sont offertes non pas au grand public mais seulement aux étudiants inscrits à l'université. Les membres du public n'ont, à moins d'être étudiants, aucun droit d'accès aux installations sportives ou autres d'une université, ni aucun droit de participer aux sports universitaires.

Bien que, dans ses motifs, le juge en chef MacKeigan se soit concentré sur le statut privé de l'Université Acadia et que l'Université de la Colombie-Britannique soit un établissement public qui fonctionne grâce à des fonds publics et qui fournit des services publics, je ne ferais pas de distinction d'avec l'arrêt *Beattie* pour ce motif restreint. Je préfère plutôt aborder sa conclusion qui, à l'instar de celle tirée dans *Gay Alliance*, s'appuie sur une distinction entre la discrimination exercée au moment d'avoir accès à des installations et la discrimination exercée une fois qu'on a obtenu l'accès à ces installations. Comme je l'ai dit en ce qui concerne l'arrêt *Gay Alliance*, et comme l'illustre très bien la décision *Rawala*, cette distinction entraîne des conséquences que la législature ne peut avoir voulues.

L'arrêt *Beattie* a été appliqué dans deux autres décisions récentes (*Bourque c. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746 (B.R. Alb.), et *LeDrew c. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259 (Comm. d'enq. T.-N.)). En toute déférence pour le juge Legg de la Cour d'appel dans la présente affaire, je dois toutefois signaler que l'arrêt *Beattie* n'a pas été appliqué et approuvé par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Peters c. University Hospital*

decision, the Court of Appeal held that the interpretation of a similar provision was a question of fact, and rather than applying *Beattie*, distinguished the decision. Furthermore, the decision of the New Brunswick Board of Inquiry in *Sonnenberg*, *supra*, referred to by Legg J.A. as a recent decision following *Beattie*, was overruled on this jurisdictional point by Daigle J. of the Court of Queen's Bench, who distinguished *Beattie* on its facts. *Beattie* has also been distinguished on its facts in *Bloedel v. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25 (Alta. Bd. Inq.), and *Rawala*.

As should be clear from the above discussion of *Heerspink*, *Gay Alliance* and *Beattie*, I find the distinction between discrimination in the admissions process and discrimination in the provision of accommodations, services and facilities to those already admitted unconvincing and subversive of the purpose of human rights legislation. The line of cases following *Gay Alliance* and *Beattie* admit that institutions like the School cannot engage in discrimination in the former situation, but then seek to maintain that human rights legislation does not protect students who have been admitted to the School. Given that it appears that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply to universities in their relations with their members (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229), and that this Court has foreclosed a common law cause of action for discrimination operating in tandem with human rights legislation (*Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181), students enrolled in the university would be denied any protection from discrimination.

This cannot be maintained. As I noted in *Heerspink*, such a distinction would allow such institutions to frustrate the purpose of the legislation by

Board, [1983] 5 W.W.R. 193; dans cet arrêt, la Cour d'appel a statué que l'interprétation d'une disposition semblable était une question de fait et, plutôt que d'appliquer l'arrêt *Beattie*, elle a fait une distinction d'avec cet arrêt. En outre, la décision de la commission d'enquête du Nouveau-Brunswick dans *Sonnenberg*, précitée, que le juge Legg a mentionnée comme étant une décision récente qui a suivi l'arrêt *Beattie*, a été renversée sur cette question de compétence par le juge Daigle de la Cour du Banc de la Reine, qui a fait une distinction fondée sur les faits d'avec l'arrêt *Beattie*. On a également fait une distinction fondée sur les faits d'avec l'arrêt *Beattie* dans *Bloedel c. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25 (Comm. d'enq. Alb.), et dans *Rawala*.

Comme il devrait ressortir clairement de l'analyse ci-dessus des arrêt *Heerspink*, *Gay Alliance* et *Beattie*, j'estime que la distinction entre la discrimination exercée au cours du processus d'admission et celle exercée dans la fourniture d'un logement, de services et d'installations envers ceux qui ont déjà été admis n'est pas convaincante et est contraire à l'objet des lois en matière de droits de la personne. Dans la série d'arrêts qui ont suivi *Gay Alliance* et *Beattie*, on admet que des institutions comme l'École ne peuvent pas se livrer à des pratiques discriminatoires dans le premier cas, mais on tente alors de maintenir que les lois en matière de droits de la personne ne protègent pas les étudiants qui ont été admis à l'École. Puisqu'il appert que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas aux universités en ce qui concerne leurs rapports avec leurs membres (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229) et que notre Cour a écarté une cause d'action pour discrimination en common law qui fonctionnait de concert avec la législation en matière de droits de la personne (*Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181), les étudiants inscrits à l'université se verraient refuser toute protection contre la discrimination.

On ne peut soutenir cette thèse. Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Heerspink*, une telle distinction permettrait à ces institutions de contrecarrer

admitting students without discrimination, and then denying them access to the accommodations, services and facilities they require to make their admission meaningful. Many examples can be imagined such as those enumerated in *Rawala*, and in each case, one need do no more than ask the question "Can the legislature have intended that such activity would not be subject to scrutiny under the Act?" to make the answer, I think, clear.

Such is the danger of applying a purely quantitative analysis to the problem to decide that as soon as the public as a whole is reduced to a subset through an admissions or eligibility process, the admitted few lose their identity as members of the public. It appears to me that attention in the prior cases to the quantitative characteristics of the group to whom the service or facility is available does not focus adequately on other relevant factors. If the focus is purely quantitative, it is indeed hard to see how anything less than all citizens can be said to be the "public" of a given municipality, province, or country.

This was the approach adopted by the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division in *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536, at p. 546:

... I would construe it [the word "public"] to mean the public at large, as opposed to selected or restricted segments or factions thereof, the people at large who constitute the community.

Accordingly, I would attribute to the phrase "available to the public" the meaning that the service in question must be a service which can be taken advantage of by the public at large and each and every member thereof.

This cannot be the correct approach. The passage quoted ignores the significant problem of defining "the community", for the purposes of the test, as anything other than a subset of a larger

l'objet de la loi en admettant des étudiants sans faire de discrimination, pour ensuite leur refuser l'accès au logement, aux services et aux installations qui leur sont nécessaires pour donner un sens à leur admission. On peut imaginer de nombreux exemples comme ceux énumérés dans l'arrêt *Rawala* et, dans chaque cas, on n'a qu'à se demander si la législature peut avoir voulu qu'une telle activité ne soit pas assujettie à un examen fondé sur la Loi pour, selon moi, obtenir une réponse claire.

C'est là le danger d'appliquer une analyse purement quantitative au problème pour décider, dès que le public dans son ensemble est réduit à un sous-ensemble au moyen d'un processus d'admission ou d'admissibilité, les quelques personnes qui sont admises perdent leur identité en tant que membres du public. Il me semble que l'attention prêtée dans les arrêts antérieurs aux caractéristiques quantitatives du groupe auquel sont offerts les services ou les installations ne porte pas suffisamment sur d'autres facteurs pertinents. Si l'accent mis est purement quantitatif, il est en fait difficile de voir comment on peut dire que quelque chose de moins que l'ensemble des citoyens constitue le «public» d'une municipalité, d'une province ou d'un pays donnés.

C'est l'interprétation que la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a adoptée dans *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536, à la p. 546:

[TRADUCTION] ... je l'interpréteraï [le mot «public»] comme désignant le public en général, par opposition à des segments ou groupes choisis ou restreints de celui-ci, les gens en général qui composent la collectivité.

Par conséquent, j'attribuerais à l'expression «offerts au public» le sens selon lequel les services en question doivent être des services dont peuvent tirer avantage le public en général et chacun de ses membres.

Cela ne saurait être la bonne interprétation. Le passage cité ne tient pas compte du grave problème que pose la définition de «la collectivité», pour les fins du critère, comme étant autre chose qu'un

“community” or “public”; this is obviously a crucial and determinative definition in such an approach. Furthermore, no service or facility is absolutely available to everyone who desires it. Most of the services and facilities listed in *Gay Alliance* would be insulated from scrutiny on this test, since, for example, restaurant service is not available to people with no money, nor is tavern service available to those under the legal drinking age. Such an absolute position, requiring the “public” to include every member of a “community”, cannot be maintained if human rights legislation is to have any impact.

Therefore, I would reject any definition of “public” which refuses to recognize that any accommodation, service or facility will only ever be available to a subset of the public. Students admitted to a university or school within the university, or people who enter into contracts of insurance with a public insurer, or people who open accounts with financial institutions, become the “public” for that service. Every service has its own public, and once that “public” has been defined through the use of eligibility criteria, the Act prohibits discrimination within that public.

The proper significance of an eligibility or admission threshold in this context was recognized by the Board of Inquiry in *Rawala*, where such a selection process was not used (at p. D/1062) “to establish an exclusive or private institution from which ordinary members of the public will generally be excluded”, but rather to insist “only on such educational qualifications as are necessary to permit the individual to take successful advantage of the services offered”.

To the same effect is the decision of the member-designate in *Hobson* (at p. D/4670):

In the instance of public educational institutions, such as the respondent, it is sufficient, in this respect, if such

sous-ensemble d’une «collectivité» ou d’un «public» plus larges; c’est évidemment une définition cruciale et déterminante dans une telle méthode. En outre, aucun service ni aucune installation ne sont offerts de façon absolue à toute personne qui le désire. La plupart des services et installations énumérés dans l’arrêt *Gay Alliance* échapperaient à un examen selon ce critère, puisque, par exemple, dans les restaurants, on ne sert pas les gens qui n’ont pas d’argent ni, dans les tavernes, ceux qui n’ont pas atteint l’âge légal requis pour pouvoir consommer de l’alcool. On ne peut pas maintenir une telle position absolue qui exige que le «public» comprenne tous les membres d’une «collectivité», si les lois en matière de droits de la personne doivent avoir quelque effet.

Je rejetterais donc toute définition du mot «public» qui refuse de reconnaître qu’un logement, des services ou des installations ne seront toujours offerts qu’à un sous-ensemble du public. Les étudiants admis à une université ou à une école au sein de l’université, ou les personnes qui passent des contrats d’assurance avec un assureur public, ou les gens qui ouvrent des comptes dans des institutions financières deviennent le «public» en ce qui concerne ces services. Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d’admissibilité, la Loi interdit d’établir des distinctions au sein de ce public.

La véritable importance d’un seuil d’admissibilité ou d’admission dans ce contexte a été reconnue par la commission d’enquête dans *Rawala*, où on n’a pas eu recours à un tel processus de sélection (à la p. D/1062) [TRADUCTION] «pour établir une institution exclusive ou privée dont les citoyens ordinaires seront généralement exclus», mais plutôt pour insister [TRADUCTION] «seulement sur les diplômes requis pour permettre à l’individu de réussir à tirer avantage des services offerts».

La décision que le membre désigné a rendue dans *Hobson* (à la p. D/4670) va dans le même sens:

[TRADUCTION] Dans le cas des établissements d’enseignement publics tels que l’intimé, il suffit, à cet égard,

services or facilities are customarily available to the "public" in the sense of "all persons legally or properly qualified."

This reasoning is directly applicable to any selection process used by the School in this case. Eligibility criteria, as long as they are non-discriminatory, are a necessary part of most services, in that they ensure that the service reaches only its intended beneficiaries, its "public", thereby avoiding overuse and unnecessary depletion of scarce resources. The benefits of such screening tools, however, should not come at the cost of excluding the protection of human rights legislation.

This is not to say that all of the activities of an accommodation, service or facility provider are necessarily subject to scrutiny under the Act just because some are. But a quantitative approach still does not help to define what smaller segment of the entire population might suffice. As long as the debate remains centred on the number of people who can use the service or facility, it will be very difficult to draw lines of inclusion and exclusion on a principled basis because of the varied nature of the services and facilities and service and facility providers which will fall to be considered.

Instead, in determining which activities of the School are covered by the Act, one must take a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility. Some services or facilities will create public relationships between the School's representatives and its students, while other services or facilities may establish only private relationships between the same individuals.

This "relational" approach to defining the public has been described by Professor Greschner in her article. In *Chambers v. Saskatchewan (Department*

que ces services ou installations soient habituellement offerts au «public» au sens de «toutes les personnes légalement ou suffisamment qualifiées».

^a Ce raisonnement s'applique directement à tout processus de sélection utilisé par l'École en l'espèce. Les critères d'admissibilité, pourvu qu'ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu'ils garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu'ils visent, c.-à-d. leur «public», évitant ainsi l'utilisation abusive et l'épuisement inutile de ressources rares. Les avantages de tels outils de sélection, cependant, ne devraient pas être acquis au prix de l'exclusion de la protection des lois en matière de droits de la personne.

^d Cela ne veut pas dire que toutes les activités d'un fournisseur de logement, de services ou d'installations sont nécessairement assujetties à un examen fondé sur la Loi uniquement parce que certaines le sont. Mais le recours à une méthode quantitative n'aide pas non plus à définir quel segment plus petit de l'ensemble de la population pourrait suffire. Tant que le débat continuera de porter sur le nombre de personnes qui peuvent utiliser les services ou les installations, il sera très difficile de tracer des lignes d'inclusion et d'exclusion fondées sur des principes en raison de la nature variée des services et des installations et des fournisseurs de services et d'installations qui devront être pris en considération.

^e Au lieu de cela, pour déterminer quelles activités de l'École sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d'installations et l'utilisateur des services ou des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l'École et ses étudiants, tandis que d'autres services ou installations pourront établir seulement des relations privées entre les mêmes individus.

^j Cette méthode «relationnelle» de définition du public a été décrite par le professeur Greschner dans son article. Dans *Chambers c. Saskatchewan*

of *Social Services*) (1987), 8 C.H.R.R. D/4139, a Saskatchewan Board of Inquiry held that social assistance payments were not covered by that province's legislation, since (at p. D/4145):

The services are designed and provided for people in need. The services are not available to the public at large. Being a member of the public does not entitle the person to social assistance benefits. A member of the public must prove eligibility for benefits to the satisfaction of the respondent.

Greschner, *supra*, criticized this decision (at p. 171): "It is very difficult to think of any significant governmental or private service which is free of any requirements for everyone who asks for it." Instead, she argued at p. 182 that

a purposive interpretation of s. 12 would define "public" not in terms of quantity, as the *Chambers* Board did, but in *relational* terms. What s. 12 is about—its purpose—is the regulation of particular relationships between members of the Saskatchewan community, and members and their government. . . . If we read the entire phrase as talking about a relationship, we would interpret "public" in relational terms: the public is that group with which the offeror has a public relationship. [Emphasis added; italics in original.]

Greschner concluded that any service or facility offered by a government should be considered a service or facility offered to the public.

The Saskatchewan Court of Appeal agreed, overturning the decisions of the Board and of the Queen's Bench (1987), 8 C.H.R.R. D/4240 upholding that decision: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R. 446. Vancise J.A., for the court, quoted Professor Greschner with approval, holding that (at p. 462):

The fact that a service is offered to the public does not mean that it must be offered to all members of the public. The government can impose eligibility requirements

(*Department of Social Services*) (1987), 8 C.H.R.R. D/4139, une commission d'enquête de la Saskatchewan a conclu que les prestations d'aide sociale n'étaient pas visées par la loi de cette province, puisque (à la p. D/4145):

[TRADUCTION] Les services sont conçus pour les personnes nécessiteuses et sont fournis à ces dernières. Ces services ne sont pas offerts au grand public. Le fait qu'une personne soit membre du public ne lui donne pas droit automatiquement à des prestations d'aide sociale. Un membre du public doit convaincre l'intimé qu'il est admissible aux prestations.

Le professeur Greschner, *loc. cit.*, a critiqué cette décision (à la p. 171): [TRADUCTION] «Il est très difficile de penser à des services gouvernementaux ou privés importants qui soient exempts de toute condition pour quiconque en fait la demande.» Elle a plutôt soutenu, à la p. 182, que

[TRADUCTION] une interprétation de l'art. 12 fondée sur l'objet visé définirait le mot «public» non pas en termes de quantité, comme l'a fait la commission dans *Chambers*, mais en termes *relationnels*. Ce que l'art. 12 vise —son objet—, c'est la réglementation des relations particulières qui existent entre les membres de la collectivité saskatchewanaise et entre ceux-ci et leur gouvernement. [. . .] Si nous interprétions toute la phrase comme parlant d'une relation, nous interpréterions le mot «public» en termes «relationnels»: le public est le groupe avec lequel l'offrant a une relation publique. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Le professeur Greschner a conclu que tous les services ou toutes les installations offerts par un gouvernement devraient être considérés comme des services ou des installations offerts au public.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a partagé ce point de vue et a renversé la décision de la commission et celle de la Cour du Banc de la Reine (1987), 8 C.H.R.R. D/4240, confirmant cette décision: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R. 446. Le juge Vancise, s'exprimant au nom de la cour, a cité le professeur Greschner en l'approuvant et il a conclu que (à la p. 462):

[TRADUCTION] Le fait qu'un service soit offert au public ne signifie pas qu'il doit être offert à tous les membres du public. Le gouvernement peut imposer des condi-

to ensure that the program or services reaches the intended client group. The only restriction is that the government cannot discriminate among the client group, that is, the elderly, the poor or others, on the basis of the enumerated characteristics set out in the Code.

The idea of defining a "client group" for a particular service or facility focuses the inquiry on the appropriate factors of the nature of the accommodation, service or facility and the relationship it establishes between the accommodation, service or facility provider and the accommodation, service or facility user, and avoids the anomalous results of a purely numerical approach to the definition of the public. Under the relational approach, the "public" may turn out to contain a very large or very small number of people.

For example, Canada or Quebec Pension Plan benefits are provided to millions of Canadians, yet not to the equally large number of Canadians who have not yet attained the qualifying age. Can it be said that the provision of such benefits should not be free from discrimination because of the established eligibility criteria which ensure that such benefits reach only those who have paid into the fund and are intended to receive them? Or consider a privately-owned centre which publicly advertises its services or facilities to treat a rare disease, from which only two or three people in Canada suffer. Statistically speaking, 99.99 percent of the population cannot use this service or facility, since they do not suffer from the disease and are not part of its "public". Yet could the legislature have intended that the institution could purport to serve the public, then extend its services or make its facilities available only to male applicants?

Illustrating the relational approach by applying it to the services in this case, I conclude that the key and rating sheet were incidents of the public

tions d'admissibilité pour s'assurer que le programme ou les services soient offerts au groupe client visé. La seule restriction est que le gouvernement ne peut pas établir, au sein du groupe client, c'est-à-dire les personnes âgées, les nécessiteux ou les autres, des distinctions fondées sur les caractéristiques énumérées dans le Code.

L'idée de définir un «groupe client» pour des services ou des installations particuliers fait porter l'enquête sur les facteurs appropriés de la nature du logement, des services ou des installations et sur la relation qu'ils établissent entre le fournisseur de logement, de services ou d'installations et l'utilisateur du logement, de services ou des installations, et elle permet d'éviter les résultats anormaux d'une méthode purement numérique de définition du public. Selon la méthode relationnelle, il peut s'avérer que le «public» comprend un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.

Par exemple, les prestations du Régime de pensions du Canada ou du Régime des rentes du Québec sont versées à des millions de Canadiens, et pourtant pas au nombre tout aussi grand de Canadiens qui n'ont pas encore atteint l'âge requis. Peut-on dire que le versement de telles prestations ne devrait pas être à l'abri de la discrimination à cause des critères d'admissibilité établis qui garantissent que de tels avantages sont perçus seulement par ceux qui ont contribué au fonds et qui sont destinés à les recevoir? Ou prenons l'exemple d'un centre appartenant à des intérêts privés qui annonce publiquement qu'il offre des services ou possède des installations pour le traitement d'une maladie rare, dont souffrent seulement deux ou trois personnes au Canada. Statistiquement parlant, 99,99 pour cent des membres de la population ne peuvent pas recourir à ces services ou installations, puisqu'ils ne souffrent pas de la maladie et ne font pas partie de son «public». Se pourrait-il toutefois que la législature ait voulu que l'établissement puisse prétendre servir le public, pour ensuite offrir ses services ou ses installations seulement aux requérants de sexe masculin?

Pour illustrer la méthode relationnelle en l'appliquant aux services en l'espèce, je conclus que la clé et le formulaire d'évaluation étaient accessoires

relationship between the representatives of the School and its students.

The School exists to provide accommodations, services or facilities to its students which will further their education and social activities relating to the School. It is a publicly funded institution (although this is not a determinative factor), which makes its educational and recreational resources available to all who are admitted. When individual faculty members act in their capacity as representatives of the university, at least when they are on campus, they are its public face. If a university (and the School which is part of it) is not as "public" an institution as the government, it surely is very close to the "public" end of the spectrum.

Its students have in common only their admission to the School, and they will usually present a microcosm of Canadian society. Any difference between the student body and the public at large will be the result only of the admissions process. There is nothing in the nature of the student body which suggests that the School and its students have come together as the result of a private selection process based on anything but the admissions criteria, which the School agrees cannot be discriminatory. Therefore, I would conclude that, generally, the natures of the service-provider School and the service-user students in this case indicate a very public relationship with respect to ordinary educational services (such as the provision of instructors, testing, and grading).

The crux of the determination in these appeals is the nature of the services themselves and the relationship they establish between the School and its students. The key I would liken to the educational and recreational services of the School generally, since all that is represented by the key is access to the School's physical facilities after normal class or office hours. These facilities surely must be part of the public relationship between the university and its students, since they are a necessary adjunct to the educational process which has brought the university and its students together. Subject to the

à la relation publique existant entre les représentants de l'École et ses étudiants.

L'École est là pour fournir à ses étudiants un logement, des services ou des installations qui favoriseront leurs études et les activités sociales se rapportant à l'École. C'est une institution financée par des fonds publics (bien que ce ne soit pas là un facteur déterminant), qui met ses ressources pédagogiques et récréatives à la disposition de tous ceux qui sont admis. Lorsque des membres du corps professoral agissent en leur qualité de représentants de l'université, au moins lorsqu'ils se trouvent sur le campus, ils en sont le visage public. Si une université (et l'École qui en fait partie) n'est pas une institution aussi «publique» que le gouvernement, elle se situe certainement très près de l'extrémité «publique» de l'éventail.

Ses étudiants n'ont en commun que leur admission à l'École et ils représentent ordinairement un microcosme de la société canadienne. Toute différence existant entre le corps étudiant et le grand public découlera seulement du processus d'admission. Rien dans la nature du corps étudiant ne laisse entendre que l'École et ses étudiants ont été réunis à la suite d'un processus privé de sélection fondé sur autre chose que les critères d'admission qui, comme en convient l'École, ne sauraient être discriminatoires. Je conclurais donc qu'en général la nature de l'École qui fournit les services et celle des étudiants qui utilisent ces services en l'espèce indiquent l'existence d'une relation très publique en ce qui concerne les services pédagogiques ordinaires (comme la prestation des services de professeurs, d'évaluation et de notation).

Le point crucial à trancher dans les présents pourvois concerne la nature des services eux-mêmes et la relation qu'ils établissent entre l'École et ses étudiants. Quant à la clé, je l'assimilerais aux services pédagogiques et récréatifs de l'École en général, car tout ce que représente la clé est l'accès aux installations physiques de l'École après les heures normales de cours ou de bureau. Ces installations doivent sûrement faire partie de la relation publique qui existe entre l'université et ses étudiants, puisqu'elles constituent un complément nécessaire du processus d'enseignement qui a

arguments of the School discussed below, I cannot see any distinction between day-time access to these facilities and after-hours access to these facilities, especially in the case of graduate students like Berg who may have teaching or tutorial responsibilities through the day which leave only the evening hours for their own study and research.

The rating sheet, it seems to me, is very much like a transcript. It serves the same function, in that it presents the student's record of achievement at the School. The sheet asks for a report on the student's knowledge, attitude and interest, rapport with peers and professors, performance, and personality. The person completing the report is invited to check either "Performs above average consistently", "Performs within an average range", "Generally performs below average", and provide comments if the answer is above or below average. It also asks if any reservations about the student's suitability to practise dietetics have been discussed with the student, and asks in which area of dietetics the student would be most effective. Again, subject to the arguments of the School, I do not see any aspect of this rating sheet which suggests that it is not an incident of the public educational relationship between the School's faculty and its students.

(iv) "*Customarily Available*"

However, the School argues, and the lower courts accepted, that the provision of the key was a discretionary decision made by the Director of the School, and therefore the key was not customarily available to the School's public. Furthermore, the School argues, and the lower courts again accepted, that the provision of the rating sheet was

réuni l'université et ses étudiants. Sous réserve des arguments de l'École examinés plus loin, je ne puis voir aucune distinction entre l'accès à ces installations durant la journée et l'accès à ces installations après les heures d'ouverture, tout particulièrement dans le cas des étudiants de deuxième cycle comme M^{me} Berg qui peuvent devoir s'acquitter d'une charge d'enseignement ou de tutorat pendant la journée de sorte qu'ils disposent seulement de la soirée pour s'occuper de leurs propres études et recherches.

Le formulaire d'évaluation, me semble-t-il, ressemble beaucoup à un relevé de notes. Il remplit la même fonction en ce sens qu'il présente le dossier des réalisations de l'étudiant à l'École. On demande dans le formulaire de fournir un rapport sur les connaissances, l'attitude et les intérêts de l'étudiant, sur ses relations avec ses pairs et ses professeurs, sur son rendement et sa personnalité. La personne qui rédige le rapport est invitée à cocher [TRADUCTION] «A constamment un rendement supérieur à la moyenne», «A un rendement moyen» ou «A généralement un rendement inférieur à la moyenne» et à formuler des observations si elle considère que le rendement est supérieur ou inférieur à la moyenne. On demande également si toute réserve quant à l'aptitude de l'étudiant à pratiquer la diététique a fait l'objet de discussions avec ce dernier, et dans quel domaine de la diététique l'étudiant excellerait le mieux. Encore une fois, sous réserve des arguments de l'École, je ne vois, dans ce formulaire d'évaluation, aucun aspect qui laisse supposer qu'il n'est pas accessoire à la relation pédagogique publique qui existe entre l'École et ses étudiants.

(iv) «*Habituellement offerts*»

Toutefois, l'École soutient, ce que les tribunaux d'instance inférieure ont accepté, que la décision de remettre la clé était laissée à la discrétion du directeur de l'École et que, par conséquent, la clé n'était pas habituellement offerte au public de l'École. Elle soutient également, ce que encore une fois les tribunaux d'instance inférieure ont accepté, que la remise du formulaire d'évaluation était discrétionnaire et impliquait une évaluation person-

discretionary, and involved a personal evaluation of the student by the faculty member.

It is not strictly necessary to decide whether, in principle, the existence of a discretion in the provision of a service insulates that service from the Act. The member-designate made the finding of fact that, but for her mental disability, Berg would have been granted a key to the faculty building. In his decision, the member-designate stated (at p. D/4675) that “[t]he custom was for the director of the respondent, Dr. Roy Rodgers, to issue keys to graduate students so they could gain access to the laboratories, computer and reading rooms after normal hours. . . .” The discretion was habitually exercised in a certain way. He found a violation of the Act in the denial of the key to Berg, since this denial was because of her mental disability.

The member-designate also found that rating sheets were consistently provided to students who asked for them, and that the main, if not the only, reason for Berg being denied a rating sheet was, again, her mental disability (at p. D/4679):

The explanation [that faculty members were not required to complete rating sheets] is seriously undermined by the testimony of Dr. Rodgers that he knew of no other student, other than the complainant, who was denied a rating sheet. Additionally, the respondent did complete two rating sheets for the complainant after she filed human rights complaints.

The member-designate clearly found that keys and rating sheets were customarily provided to other graduate students in Berg’s situation, and the only characteristic separating Berg from these other graduate students was her mental disability. The School cannot rely on the existence of a discretion to remove the provision of a service from the scope of the Act when that discretion is in fact

nelle de l’étudiant par le membre du corps professoral.

Il n’est pas strictement nécessaire de décider si, en principe, l’existence d’un pouvoir discrétionnaire de fournir un service soustrait ce dernier à l’application de la Loi. Le membre désigné a tiré la conclusion de fait que, n’eût été sa déficience mentale, M^{me} Berg aurait obtenu une clé donnant accès à l’édifice de la faculté. Dans sa décision, le membre désigné a statué (à la p. D/4675) que [TRADUCTION] «[l]e directeur de l’intimée, M. Roy Rodgers, avait l’habitude de remettre une clé aux étudiants des deuxième et troisième cycles pour qu’ils puissent avoir accès aux laboratoires, à la salle des ordinateurs et aux salles de lecture après les heures normales . . .» Ce pouvoir discrétionnaire était habituellement exercé d’une certaine façon. Il a conclu que le refus de remettre une clé à M^{me} Berg contrevenait à la Loi, puisque ce refus découlait de sa déficience mentale.

Le membre désigné a également conclu que les formulaires d’évaluation étaient fournis inmanquablement aux étudiants qui en faisaient la demande et que la principale raison, sinon la seule, pour laquelle M^{me} Berg s’est vu refuser un formulaire d’évaluation était, encore une fois, sa déficience mentale (à la p. D/4679):

[TRADUCTION] L’explication [selon laquelle les membres du corps professoral n’étaient pas tenus de remplir des formulaires d’évaluation] est sérieusement minée par le témoignage de M. Rodgers selon lequel il ne connaissait aucun autre étudiant que la plaignante qui se soit vu refuser un formulaire d’évaluation. De plus, l’intimée a rempli deux formulaires d’évaluation pour la plaignante après que celle-ci eut déposé des plaintes fondées sur les droits de la personne.

Le membre désigné a conclu clairement que les clés et les formulaires d’évaluation étaient habituellement fournis aux autres étudiants des deuxième et troisième cycles dans la situation de M^{me} Berg et que la seule caractéristique qui distinguait M^{me} Berg des autres étudiants des deuxième et troisième cycles était sa déficience mentale. L’École ne saurait invoquer l’existence d’un pouvoir discrétionnaire pour soustraire la fourniture d’un service à l’application de la Loi lorsque ce

typically and regularly exercised in favour of all students except the complainant.

The decision of K. J. Chapman, sitting as a Board of Inquiry in *Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Alta.), is apposite. In that complaint, Singh was notified by the respondent legion that he would not be allowed to wear his turban, a symbol of his religion, when attending his employer's Christmas party at the legion's hall. The legion claimed that the Alberta *Individual's Rights Protection Act* did not apply to its actions, as it was a private club and consequently its services and facilities were not customarily available to the public. The Board rejected the contention that the legion was a "private" club when it rented out its facilities, since (at p. D/361) "[t]he facts of the matter show that the house rules regarding guests are either honoured in the breach or ignored." Where the legion never exercised any measure of discretionary personal selection in renting its hall to members of the public, it could not rely on the formal existence of such a selection process or discretion to avoid the application of the Act.

In this case, on the evidence before the member-designate, he made a similar finding with respect to the provision of the keys and rating sheets. Defe-
 g
 rence is clearly owed to this factual finding.

I would make only a few brief general comments on the effect of discretion in the determination of whether the discretionary provision of a service or facility is customarily available to the public. There is little support in previous cases for the proposition that the exercise of a discretion is not subject to the Act. The Court of Appeal in this case cited two decisions. The first is *Calgary Board of Education v. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (Alta. Q.B.), aff'd (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) v. Alberta (Human Rights Commission)*), in which Veit J. held that education grants

pouvoir discrétionnaire est, en fait, typiquement et régulièrement exercé en faveur de tous les étudiants sauf la plaignante.

La décision de K. J. Chapman, qui siégeait à une commission d'enquête dans l'affaire *Singh c. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Alb.), est pertinente. Dans cette plainte, Singh avait été avisé par la légion intimée qu'il ne pourrait pas porter son turban, un symbole de sa religion, à la réception de Noël organisée par son employeur dans la salle de la légion. La légion prétendait que l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta ne s'appliquait pas à ses actions parce qu'il s'agissait d'un club privé et que ses services et ses installations n'étaient donc pas habituellement offerts au public. La commission a rejeté la prétention selon laquelle la légion était un club «privé» lorsqu'elle louait ses installations, puisque (à la p. D/361) [TRADUCTION] «[i]l ressort des faits que l'on déroge aux règles internes concernant les invités ou que l'on n'en tient pas compte.» Si la légion n'a jamais pris de mesure de sélection personnelle discrétionnaire dans la location de sa salle à des membres du public, elle ne pourrait pas invoquer l'existence officielle d'un tel processus ou pouvoir discrétionnaire de sélection pour éviter l'application de la Loi.

En l'espèce, d'après la preuve produite devant le membre désigné, ce dernier a tiré une conclusion similaire en ce qui concerne la remise de clés et de formulaires d'évaluation. On doit nettement s'en remettre à cette conclusion de fait.

Je ne ferais que quelques brèves observations générales au sujet de l'effet d'un pouvoir discrétionnaire de déterminer si le public peut habituellement obtenir la fourniture discrétionnaire de services ou d'installations. Il existe peu de décisions judiciaires qui viennent appuyer la proposition selon laquelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas assujéti à la Loi. En l'espèce, la Cour d'appel a cité deux décisions. La première est *Calgary Board of Education c. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (B.R. Alb.), conf. par (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) c. Alberta (Human*

were not “customarily available to the public”. However, she did not provide a detailed explanation of her view of discretion. After highlighting the discretionary aspects of the grant process, this is the entirety of Veit J.’s reasoning on the issue of discretion (at p. D/3673):

However, the statutory and regulatory provisions of the *School Act* and the *Department of Education Act* indicate that private school grants are not a matter of right but are a matter of discretion. The evidence before me is clearly insufficient to characterize students attending private schools in Alberta, because of learning disabilities caused by physical characteristics or otherwise, as a class of persons to whom a grant is customarily made available.

Legg J.A. also relied (at p. 308 B.C.L.R.) on the decision of the New Brunswick Board of Inquiry in *Sonnenberg, supra*, which was overruled by Daigle J. of the Court of Queen’s Bench on the point (though not in the result, since Daigle J. agreed with the Board that the complaint had no merit). In any event, neither of these cases dealt with a situation in which the exercise of the discretion was found to result in services or facilities which were customarily available to the public.

I do not think that a purposive approach to interpreting this provision can allow a discretion to be exercised on prohibited grounds of discrimination, once the service or facility which is the subject of the discretion is otherwise found to fall within the purview of the Act, i.e., to be customarily available to the public. In making this latter finding, the trier of fact must be careful to exclude from his assessment of whether the discretion is customarily exercised to provide the service those instances where the service has been withheld on discriminatory grounds. Furthermore, it would seem obvious that the fewer the guidelines for the exercise of the discretion, and the greater the scope for the person exercising that discretion to set his or her own cri-

Rights Commission)), dans laquelle le juge Veit a statué que les bourses d’études n’étaient pas [TRADUCTION] «habituellement offertes au public». Cependant, elle n’a pas expliqué en détail sa conception du pouvoir discrétionnaire. Après avoir souligné les aspects discrétionnaires du processus d’octroi des bourses, voici le raisonnement intégral que le juge Veit a adopté au sujet du pouvoir discrétionnaire (à la p. D/3673):

[TRADUCTION] Toutefois, les dispositions législatives et réglementaires de la *School Act* et de la *Department of Education Act* indiquent que les bourses d’études privées relèvent non pas d’un droit mais d’un pouvoir discrétionnaire. La preuve produite devant moi est nettement insuffisante pour considérer les étudiants qui fréquentent des écoles privées en Alberta, à cause de problèmes d’apprentissage dus à des caractéristiques physiques ou autres, comme une catégorie de personnes à qui une bourse est habituellement offerte.

Le juge Legg s’est également appuyé (à la p. 308 B.C.L.R.) sur la décision rendue par la commission d’enquête du Nouveau-Brunswick dans l’affaire *Sonnenberg*, précitée, laquelle a été infirmée par le juge Daigle de la Cour du Banc de la Reine sur ce point (mais pas quant au résultat, puisque le juge Daigle était d’accord avec la commission pour dire que la plainte n’était pas fondée). En tout état de cause, il n’était question, dans ni l’une ni l’autre de ces affaires, d’une situation où on a conclu que l’exercice du pouvoir discrétionnaire résultait dans la prestation de services ou d’installations habituellement offerts au public.

Je ne pense pas qu’une méthode d’interprétation de cette disposition, fondée sur l’objet visé, puisse permettre l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire fondé sur des motifs de distinction illicites, une fois que l’on conclut par ailleurs que les services ou les installations visés par ce pouvoir discrétionnaire relèvent de la Loi, c’est-à-dire qu’ils sont habituellement offerts au public. En tirant cette dernière conclusion, le juge des faits doit prendre soin d’exclure de son examen de la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire est habituellement exercé pour fournir les services, les cas où les services ont été refusés pour des motifs discriminatoires. En outre, il semblerait évident que moins il y a de principes directeurs régissant

teria, the greater potential there is for invidious discrimination. It is a basic principle of administrative law that a discretion vested in an administrative official or body is only to be exercised on proper grounds. Similarly, in this context, while the existence of a discretion may mean that the person with the discretion is under no obligation or duty to extend the service or facility to everyone who asks for it, he or she is surely under an obligation to not make his or her decision in a discriminatory fashion.

It is also not strictly necessary to state any principles applying to the provision of a service or facility which involves a measure of personal evaluation, for the member-designate found that rating sheets were habitually provided to graduate students in Berg's position. Therefore, the personal nature of the rating sheet had never before been an obstacle to it being provided to students as a matter of course. Again, this factual finding deserves deference, and is sufficient to resolve the matter.

I will say, however, that the element of personal evaluation should not generally exclude the service from the Act. While an instructor may, for personal reasons (i.e., if he or she feels he or she does not know the student well enough) refuse to provide a rating sheet, I do not think that he or she can do so, as a representative of the School, on prohibited grounds of discrimination. As long as the rating is not itself discriminatory, it is always open to the instructor to provide a negative recommendation or reference. However, to deny even that service in the circumstances of this case (where the lack of a rating sheet disqualified Berg from being considered for the internship) because of a mental disability is, on a purposive reading of the section, to deny something that is otherwise available to all students at the School. Berg does not have a right to positive personal opinions about her among the

l'exercice du pouvoir discrétionnaire et plus la personne qui l'exerce peut fixer ses propres critères, plus il existe un risque élevé de discrimination injuste. Il existe un principe fondamental de droit administratif selon lequel le pouvoir discrétionnaire dont est investi un fonctionnaire ou un organisme administratif ne saurait être exercé que pour des motifs valables. De même, dans le présent contexte, bien que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire puisse signifier que la personne investie de ce pouvoir n'est nullement tenue de fournir les services ou les installations à quiconque en fait la demande, elle est sûrement obligée de prendre sa décision de manière non discriminatoire.

Il n'est pas non plus strictement nécessaire d'énoncer tout principe qui s'applique à la fourniture d'un service ou d'une installation qui comporte une certaine évaluation personnelle, car le membre désigné a conclu que les formulaires d'évaluation étaient habituellement fournis aux étudiants des deuxième et troisième cycles qui se trouvaient dans la situation de M^{me} Berg. Par conséquent, la nature personnelle du formulaire d'évaluation n'avait jamais auparavant empêché qu'il soit fourni automatiquement aux étudiants. Encore une fois, cette conclusion de fait mérite qu'on fasse preuve de retenue à son égard et suffit à trancher la question.

J'ajouterai cependant que l'élément de l'évaluation personnelle ne devrait pas en général soustraire ce service à l'application de la Loi. Bien qu'un professeur puisse, pour des raisons personnelles (c.-à-d. s'il estime ne pas connaître assez bien l'étudiant), refuser de fournir un formulaire d'évaluation, je ne crois pas qu'il puisse le faire, en tant que représentant de l'École, pour des motifs de distinction illicites. Du moment que l'évaluation n'est pas elle-même discriminatoire, le professeur a toujours la possibilité de formuler une recommandation ou des références négatives. Toutefois, refuser même ce service dans les circonstances de la présente affaire (où la candidature de M^{me} Berg n'a pas été examinée en vue de l'internat en raison de l'absence d'un formulaire d'évaluation) à cause d'une déficience mentale revient, selon une interprétation de l'article fondée sur

faculty at the School, but surely she must have a right to be free from discrimination in all her public interactions with the School's faculty, including in the process of obtaining an expression of the faculty member's personal opinions.

Therefore, I would conclude that Berg, by virtue of having passed through a selective admissions process, did not cease to be a member of the "public" to which the School provided its educational services and facilities. The key and rating sheet were incidents of this public relationship between the School and its students. Neither the existence of a discretion, nor the element of personal evaluation attached to these services or facilities, excludes the Act, both on principle, and because of the member-designate's factual finding that keys and rating sheets were habitually provided to students in Berg's position. The member-designate was correct in assuming jurisdiction in this case and examining the reasons for the denial of the rating sheet and the key. The School did not challenge his decision within that jurisdiction that Berg's mental disability was the reason for the School's actions and that those actions violated the Act. While I might have found otherwise, his finding in that regard is not the subject of review in this case.

(v) *Conclusion*

Some concluding remarks are in order. An important feature of the Act at the time of Berg's complaint was its absolute prohibition of discrimination. That is, there was no provision allowing a defence where the denial of a service or facility was based on prohibited grounds of discrimination, yet could be justified with reference to competing interests, such as safety. I believe that the School and its representatives acted in good faith, and thought that there were good reasons for acting as

l'objet visé, à refuser quelque chose qui est par ailleurs offert à tous les étudiants de l'École. Madame Berg n'a pas le droit d'exiger que les membres du corps professoral de l'École aient des opinions personnelles positives à son sujet, mais elle a sûrement le droit de ne pas être victime de discrimination dans toutes ses interactions publiques avec le corps professoral de l'École, y compris lorsqu'il s'agit d'obtenir l'expression d'opinions personnelles par un professeur.

Je conclurais donc que, du fait qu'elle avait franchi avec succès l'étape du processus d'admission sélective, M^{me} Berg n'a pas cessé de faire partie du «public» auquel l'École fournissait ses installations et ses services éducatifs. La clé et le formulaire d'évaluation étaient accessoires à cette relation publique entre l'École et ses étudiants. Ni l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ni l'élément de l'évaluation personnelle attaché à ces services ou à ces installations n'empêchent la Loi de s'appliquer tant en principe qu'en raison de la conclusion de fait du membre désigné, selon laquelle les clés et les formulaires d'évaluation étaient habituellement offerts aux étudiants qui se trouvaient dans la situation de M^{me} Berg. Le membre désigné a eu raison de supposer qu'il avait compétence en l'espèce et d'examiner les raisons du refus de fournir le formulaire d'évaluation et la clé. L'École n'a pas contesté la décision qu'il a rendue conformément à cette compétence, selon laquelle la déficience mentale de M^{me} Berg était ce qui avait motivé les actions de l'École, et ces actions contrevenaient à la Loi. Bien que j'eusse pu arriver à une autre conclusion, sa décision à cet égard ne fait pas l'objet de l'examen en l'espèce.

(v) *Conclusion*

Il convient d'ajouter certaines observations finales. L'une des caractéristiques importantes de la Loi à l'époque du dépôt de la plainte de M^{me} Berg était qu'elle interdisait absolument de faire de la discrimination. C'est-à-dire qu'aucune disposition ne permettait d'opposer un moyen de défense là où le refus de fournir des services ou des installations était fondé sur des motifs de distinction illicites, mais pourrait toutefois être justifié par rapport à des intérêts concurrents, comme la

they did. Dr. Rodgers might reasonably have had concerns about giving Berg a key not because of her mental disability itself, but because of the safety issues raised by the incident. Similarly, faculty members might have denied the rating sheet because they felt they could not give Berg a useful or positive recommendation. Under the amended s. 3, these issues would, no doubt, have been the focus of the evidence and argument before the member-designate, instead of the issue on these appeals.

However, the absence of a defence provision in the Act as it stood at the time of Berg's complaint should not lead us, as I think it did the Court of Appeal in this case, to interpret s. 3 in an overly restrictive fashion. The Act must be allowed its full scope of application, and its particular operation in situations such as this, if undesirable, is a matter for legislative attention. The recent amendments to the Act show that such responses are always possible.

VI. Disposition

I would allow both appeals, quash the decisions of the British Columbia Supreme Court and Court of Appeal, and restore the decision and award of the member-designate. As the Council has not requested costs, costs will be granted against the respondent School to Berg only in all three courts.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting)—I have read the reasons of the Chief Justice and respectfully disagree with the result preferring instead the conclusion reached by the British Columbia Supreme Court (1988), 10 C.H.R.R. D/6112 and Court of Appeal (1991),

sécurité. Je crois que l'École et ses représentants ont agi de bonne foi et ont cru avoir de bonnes raisons d'agir comme ils l'ont fait. Monsieur Rodgers aurait pu raisonnablement craindre de remettre une clé à M^{me} Berg non pas à cause de sa déficience mentale elle-même, mais à cause des questions de sécurité soulevées par l'incident. De même, les membres du corps professoral ont pu refuser de fournir le formulaire d'évaluation parce qu'ils ne pensaient pas pouvoir donner à M^{me} Berg une recommandation utile ou positive. En vertu de l'art. 3 modifié, ces questions auraient sans doute été le point de mire de la preuve et de la plaidoirie présentées devant le membre désigné, au lieu de la question soulevée dans les présents pourvois.

Cependant, l'absence de disposition prévoyant un moyen de défense dans la Loi, à l'époque du dépôt de la plainte de M^{me} Berg, ne devrait pas nous amener, comme je crois que cela a été le cas de la Cour d'appel en l'espèce, à interpréter l'art. 3 d'une façon trop restrictive. Il faut permettre à la Loi de s'appliquer pleinement et, s'il n'est pas souhaitable qu'elle s'applique dans des situations comme en l'espèce, il appartient au législateur de se pencher sur la question. Les récentes modifications de la Loi montrent que de telles réactions sont toujours possibles.

VI. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois, d'annuler les décisions de la Cour suprême et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la décision du membre désigné et le montant qu'il a accordé. Comme le Conseil n'a pas réclamé de dépens, seule M^{me} Berg a droit au paiement par l'École intimée de ses dépens dans les trois cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec le résultat, préférant plutôt la conclusion à laquelle sont arrivées la Cour suprême de la Colombie-Britannique

56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497,
1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58.

(1988), 10 C.H.R.R. D/6112 et la Cour d'appel
(1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497,
1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58.

Section 3 of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, reads:

L'article 3 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22, est ainsi rédigé:

3. No person shall

[TRADUCTION] 3. Nul ne doit

(a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or

a) priver une personne ou une catégorie de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, ou

(b) discriminate against a person or class of persons with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public,

b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une catégorie de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, physical or mental disability or sex of that person or class of persons unless the discrimination relates, in the case of sex, to the maintenance of public decency or, in the case of sex or physical or mental disability, to the determination of premiums or benefits under contracts of life or health insurance.

à cause de la race, de la couleur, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la religion, de l'état matrimonial, de la déficience physique ou mentale ou du sexe de cette personne ou de cette catégorie de personnes, à moins que la distinction ne se rapporte, dans le cas du sexe, au maintien de la décence ou, dans le cas du sexe ou de la déficience physique ou mentale, à la détermination de primes ou de prestations en vertu de contrats d'assurance-vie ou d'assurance-santé.

While I agree that human rights legislation should, where possible, be given a broad and purposive interpretation, that interpretation has to be realistic. If s. 3 of the British Columbia *Human Rights Act* is given the reach sought in these appeals there would be, in effect, no services that would not fall within the scope of "services customarily available to the public".

Je conviens que les lois en matière de droits de la personne devraient, dans la mesure du possible, recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet visé, mais cette interprétation doit être réaliste. Si l'on donnait à l'art. 3 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique la portée recherchée dans les présents pourvois, il n'y aurait en fait aucun service qui ne serait pas visé par l'expression «services habituellement offerts au public».

It is clear that universities and other public institutions are not immune from the operation of the *Human Rights Act*. The Act would apply to services provided to members of the public seeking admission to the university, and to those services within the university that are customarily available to members of the public. It would not apply to the internal operations of a university regarding services not customarily available to members of the public.

Il est clair que les universités et autres établissements publics n'échappent pas à l'application de la *Human Rights Act*. La Loi s'appliquerait aux services fournis aux membres du public qui demandent leur admission à l'université et aux services fournis au sein de l'université qui sont habituellement offerts au public. Elle ne s'appliquerait pas aux opérations internes d'une université qui concernent des services qui ne sont pas habituellement offerts au public.

The discretion exercised by members of the university in refusing the appellant Berg the key to a

Le pouvoir discrétionnaire que des employés de l'université ont exercé en refusant de remettre à

university building, and of professors refusing to fill out a rating sheet for her, are matters unique to the university and not thought of as customarily available to members of the public. If the student has been unfairly treated in respect of those matters or other decisions of the university in relation to services not customarily available to the public such as examination grades, hours of class and length of terms, the remedy lies with the administrators of the university and not with the Human Rights Council.

Like many other human rights statutes in Canada, the British Columbia *Human Rights Act* uses wording indicative of an intention to limit the scope of the rights provided therein. As attractive as it may be to extend the scope of s. 3 of the Act to encompass all aspects of day-to-day internal conduct within public institutions such as universities, it is not within the purview of the courts to do so. Given the importance placed on human rights issues in Canada, the respective provincial legislatures can be expected to make the necessary amendments to extend the scope of s. 3.

The member-designate had no jurisdiction to consider the questions relating to the matters complained of and should have refused to do so.

I would dismiss the appeals.

Appeals allowed, MAJOR J. dissenting.

Solicitor for the appellant/respondent Berg: The Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitor for the appellant/respondent the British Columbia Council of Human Rights: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitors for the respondent the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences: Richards, Buell, Sutton, Vancouver.

l'appelante Berg une clé donnant accès à un édifice de l'université et celui que des professeurs ont exercé en refusant de remplir un formulaire d'évaluation à son nom sont propres à l'université et ne sont pas considérés comme des services habituellement offerts au public. L'étudiant qui n'a pas été traité de façon équitable à cet égard ou en ce qui concerne d'autres décisions de l'université relativement à des services qui ne sont pas habituellement offerts au public comme les notes d'examen, les heures de cours et la longueur des sessions doit s'adresser aux administrateurs de l'université et non pas au Human Rights Council pour obtenir réparation.

À l'instar de beaucoup d'autres lois en matière de droits de la personne au Canada, la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique a recours à une formulation qui indique l'intention de limiter la portée des droits qui y sont prévus. Bien qu'il puisse être tentant d'élargir la portée de l'art. 3 de la Loi de façon à englober tous les aspects de la vie quotidienne au sein d'établissements publics tels que les universités, les tribunaux n'ont pas compétence pour le faire. Vu l'importance accordée aux questions relatives aux droits de la personne au Canada, on peut s'attendre à ce que les législatures provinciales respectives apportent les modifications nécessaires afin d'élargir la portée de l'art. 3.

Le membre désigné n'avait pas compétence pour examiner les questions faisant l'objet de la plainte et il aurait dû refuser de le faire.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois accueillis, le juge MAJOR est dissident.

Procureur de l'appelante/intimée Berg: The Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'appelant/intimé le British Columbia Council of Human Rights: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intimée l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique: Richards, Buell, Sutton, Vancouver.

*Solicitor for the intervener: William F. Pentney,
Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante: William F.
Pentney, Ottawa.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Bernhard Hasselwander *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HASSELWANDER

File No.: 22725.

1993: February 5; 1993: May 19.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Firearms — Prohibited weapons — Firearm easily convertible from semi-automatic to fully automatic — Whether firearm a “prohibited weapon” — Meaning of word “capable” in para. (c) of definition of “prohibited weapon” in s. 84(1) of Criminal Code — Construction of penal statutes — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 84(1).

In 1989, a Provincial Court judge ordered the forfeiture of respondent's Mini-Uzi submachine gun. The judge held that since the gun was readily convertible from semi-automatic to fully automatic, it was “capable of firing bullets in rapid succession upon single pressure of the trigger” and concluded that it was a “prohibited weapon” within the meaning of s. 84(1) of the *Criminal Code*. The Ontario District Court affirmed the forfeiture order but the Court of Appeal, in a majority judgment, allowed the respondent's appeal. The majority concluded that the word “capable” means “capable in its present condition” rather than a capability which could be achieved of an adaptation of the weapon and set aside the forfeiture order.

Held (Lamer C.J. and Major J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, Gonthier and Cory JJ.: The respondent's weapon must be classified as a prohibited weapon. Any uncertainty as to the meaning of the word “capable” in para. (c) of the definition of “prohibited weapon” in s. 84(1) of the *Code* is resolved as soon as the word is interpreted in light of the purpose of the prohibited weapons provisions of the *Code*. There is thus no need to resort to the rule of strict construction in this case. The purpose of these provisions is to protect the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Bernhard Hasselwander** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. HASSELWANDER

N^o du greffe: 22725.

^b

1993: 5 février; 1993: 19 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et Major.

^c

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

^d

Droit criminel — Armes à feu — Armes prohibées — Arme à feu semi-automatique pouvant être transformée facilement en arme entièrement automatique — S'agit-il d'une «arme prohibée»? — Sens du mot «pouvant» employé à l'al. c) de la définition de «arme prohibée» à l'art. 84(1) du Code criminel — Interprétation des lois pénales — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 84(1).

^e

En 1989, un juge de la Cour provinciale a ordonné la confiscation d'une mitraillette Mini-Uzi appartenant à l'intimé. Le juge a statué que, puisque c'était une arme à feu semi-automatique qui pouvait être facilement transformée en arme entièrement automatique, elle «pouvait tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d'une seule pression sur la détente», et il a conclu qu'il s'agissait d'une «arme prohibée» au sens du par. 84(1) du *Code criminel*. La Cour de district de l'Ontario a maintenu l'ordonnance de confiscation, mais la Cour d'appel a accueilli à la majorité l'appel de l'intimé et a conclu que le mot «pouvant» signifie «pouvant dans son état actuel» plutôt que de renvoyer à une possibilité qui peut se réaliser par adaptation, et elle a annulé l'ordonnance de confiscation.

^f

Arrêt (le juge en chef Lamer et le juge Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

^g

Les juges La Forest, Gonthier et Cory: L'arme de l'intimé doit être classée comme une arme prohibée. Tout doute sur le sens du mot «pouvant» employé à l'al. c) de la définition de «arme prohibée» au par. 84(1) du *Code* disparaît dès que l'on interprète ce mot en tenant compte de l'objet visé par les dispositions du *Code* relatives aux armes prohibées. Il n'est donc nullement nécessaire de recourir en l'espèce à la règle de l'interprétation restrictive. L'objet de ces dispositions

^h

public from these dangerous weapons that are designed specifically to kill or maim people. The word "capable" in para. (c) includes an aspect of potential capability for conversion and, given a reasonable interpretation, should be defined as meaning capable of conversion to an automatic weapon in a relatively short period of time with relative ease. To come to any other conclusion would undermine the very purpose of the legislation. Therefore, where a weapon can be quickly and readily converted to automatic status, that weapon falls within the definition of "prohibited weapon". The 1991 amendment to para. (c) does not indicate that the word "capable" should be given a narrow or strict interpretation. Rather, it should be viewed as a response to the perceived need to remove any doubt as to the meaning of the word.

Per Lamer C.J. and Major J. (dissenting): The word "capable" in para. (c) of the definition of "prohibited weapon" in s. 84(1) of the *Code* refers to the present firing ability of the weapon. It is not used with terms such as "adapted", "altered", "designed" and "intended", which can be found in other paragraphs of s. 84(1) and which more clearly refer to future ability. Further, the 1991 amendment to para. (c) is redundant unless "capable" is restricted to present firing ability. A narrow interpretation of the term does not thwart the concern for public protection. Those weapons that would have been classified as prohibited under a broad interpretation of "capable" in para. (c) are still highly controlled under the *Code* as "restricted weapons". Section 84(1) also provides for the classification of a particular firearm as a "prohibited weapon". Finally, a "prohibited weapon" conviction carries serious consequences for an accused. Any test based on capability extending to future alterations, which may be beyond the accused's knowledge or skill, introduces an undesirable level of uncertainty.

Cases Cited

By Cory J.

Approved: *R. v. Haines* (1981), 45 N.S.R. (2d) 428; *R. v. Global Armaments Ltd.* (1990), 105 A.R. 260; **referred to:** *R. v. Ferguson* (1985), 20 C.C.C. (3d) 256; *Cité de Montréal v. Bélec*, [1927] S.C.R. 535; *Winnipeg Film Society v. Webster*, [1964] S.C.R. 280; *Bélanger v.*

est de protéger le public contre les armes dangereuses qui sont conçues spécialement pour tuer ou mutiler des gens. Le mot «pouvant» figurant à l'al. c) comprend un aspect de la possibilité de subir éventuellement des transformations et, si on lui donne une interprétation raisonnable, il devrait signifier pouvant être transformée en une arme automatique dans un laps de temps assez court avec assez de facilité. En arriver à une autre conclusion ne ferait que miner l'objet même de la loi. Par conséquent, lorsqu'une arme peut être transformée rapidement et facilement en une arme automatique, elle est visée par la définition de «arme prohibée». La modification apportée à l'al. c) en 1991 n'indique pas qu'il faudrait donner au mot «pouvant» une interprétation stricte ou restrictive. Elle devrait plutôt être considérée comme une réponse au besoin ressenti de supprimer tout doute sur le sens de ce mot.

Le juge en chef Lamer et le juge Major (dissidents): Le mot «pouvant» employé à l'al. c) de la définition de «arme prohibée» au par. 84(1) du *Code* renvoie à la capacité actuelle de l'arme à feu. Il n'est pas utilisé avec des termes tels que «adaptée», «modifiée», «destinée», «conçue», «susceptible», «de par sa construction» et «de par ses modifications», que l'on peut trouver à d'autres alinéas du par. 84(1) et qui renvoient plus clairement à une capacité éventuelle. De plus, la modification apportée à l'al. c) en 1991 est redondante à moins que le verbe «pouvoir» ne se limite à la capacité actuelle de tirer de l'arme à feu. Une interprétation stricte de ce mot ne s'oppose pas au souci de la protection du public. Les armes qui auraient été classées parmi les armes prohibées en vertu d'une interprétation large du verbe «pouvoir» à l'al. c) font encore l'objet d'une réglementation sévère dans le *Code* en tant qu'«armes à autorisation restreinte». Le paragraphe 84(1) prévoit également la classification d'une arme à feu particulière comme «arme prohibée». Enfin, une déclaration de culpabilité relative à une «arme prohibée» entraîne des conséquences graves pour l'accusé. Tout critère fondé sur la possibilité que soient éventuellement apportées des modifications, qui peuvent dépasser la connaissance ou la compétence de l'accusé, engendre un niveau non souhaitable d'incertitude.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts approuvés: *R. c. Haines* (1981), 45 N.S.R. (2d) 428; *R. c. Global Armaments Ltd.* (1990), 105 A.R. 260; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ferguson* (1985), 20 C.C.C. (3d) 256; *Cité de Montréal c. Bélec*, [1927] R.C.S. 535; *Winnipeg Film Society c. Webster*, [1964]

The Queen, [1970] S.C.R. 567; *R. v. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137; *R. v. Johnston* (1977), 37 C.R.N.S. 234 (N.W.T.C.A.), aff'd [1978] 2 S.C.R. 391; *R. v. Philips Electronics Ltd.* (1980), 116 D.L.R. (3d) 298 (Ont. C.A.), aff'd [1981] 2 S.C.R. 264; *R. v. Leroux*, [1974] C.A. 151; *R. v. Nittolo*, [1978] C.A. 146; *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725.

By Major J. (dissenting)

R. v. Global Armaments Ltd. (1990), 105 A.R. 260; *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Customs Tariff in consequence thereof, S.C. 1991, c. 40, s. 2(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 84(1) "fire-arm", "prohibited weapon" [am. c. 27 (1st Supp.), s. 186 (Sch. IV, item 2)], "restricted weapon" [*idem*], 90, 95, 102(3) [am. *idem*, s. 203], 109(3).
Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19 [am. 1991, c. 28].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Restricted Weapons Order, SOR/92-467.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 1986, "pouvoir".
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "capable".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 5 O.R. (3d) 225, 50 O.A.C. 186, 67 C.C.C. (3d) 426, 9 C.R. (4th) 281, allowing the respondent's appeal from a judgment of Higgins Dist. Ct. J., which confirmed a decision of Payne Prov. Ct. J. (1990), 9 W.C.B. (2d) 426, declaring a weapon to be a prohibited weapon and ordering it to be forfeited by the Crown. Appeal allowed, Lamer C.J. and Major J. dissenting.

Brian McNeely, for the appellant.

R.C.S. 280; *Bélanger c. La Reine*, [1970] R.C.S. 567; *R. c. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137; *R. c. Johnston* (1977), 37 C.R.N.S. 234 (C.A.T.N.-O.), conf. par [1978] 2 R.C.S. 391; *R. c. Philips Electronics Ltd.* (1980), 116 D.L.R. (3d) 298 (C.A. Ont.), conf. par [1981] 2 R.C.S. 264; *R. c. Leroux*, [1974] C.A. 151; *R. c. Nittolo*, [1978] C.A. 146; *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Global Armaments Ltd. (1990), 105 A.R. 260; *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 84(1) «arme à feu», «arme prohibée» [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 186 (ann. IV, n^o 2)], «arme à autorisation restreinte» [*idem*], 90, 95, 102(3) [mod. *idem*, art. 203], 109(3) [abr. & rempl. *idem*, art. 185 (ann. III, n^o 3)].
Décret sur les armes à autorisation restreinte, DORS/92-467.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi modifiant le Code criminel et le Tarif des douanes en conséquence, L.C. 1991, ch. 40, art. 2(2).
Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19 [mod. 1991, ch. 28].

f Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 1986, «pouvoir».
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «capable».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 5 O.R. (3d) 225, 50 O.A.C. 186, 67 C.C.C. (3d) 426, 9 C.R. (4th) 281, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre un jugement du juge Higgins de la Cour de district, qui avait confirmé une décision du juge Payne de la Cour provinciale (1990), 9 W.C.B. (2d) 426, déclarant qu'une arme était prohibée et ordonnant sa confiscation par le ministère public. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et le juge Major sont dissidents.

Brian McNeely, pour l'appelant.

Calvin Martin, Q.C., for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Major J. were delivered by

MAJOR J. (dissenting)—The respondent owned a Mini-Uzi submachine gun. On August 31, 1989 he attempted to register it as a “restricted weapon”.

The local registrar decided that the firearm was a “prohibited weapon” under s. 84(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and seized it. He then applied to the Ontario Provincial Court under s. 102(3) of the *Code* for a declaration that the seized firearm be forfeited. The effect of such a forfeiture is seizure of the weapon only; there is no proceeding against the owner.

In November 1989, Payne Prov. Ct. J. held that since the firearm was readily convertible from semi-automatic to fully automatic it was capable of firing bullets in rapid succession upon single pressure of the trigger. He concluded that it was a “prohibited weapon” as defined in s. 84(1) of the *Code* and granted the order stating:

On the evidence therefore, I am satisfied that notwithstanding that the original manufacturer made this weapon as a semi-automatic and the fact that it was in fact a semi-automatic when it was submitted to the authorities for registration as a restricted weapon, it is my finding on the evidence that by reason of

- a) adjustment of the restraining plate or
- b) replacing the trigger mechanism with spare parts which are fully automatic or
- c) replacing the trigger mechanism with the trigger mechanism of a replica weapon this gun will fire as a fully automatic.

Because of this capability it is in fact a prohibited weapon and an order will go for its destruction accordingly.

The Ontario District Court sustained the order but the Ontario Court of Appeal in a majority judg-

Calvin Martin, c.r., pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident)—L'intimé était le propriétaire d'une mitrailleuse Mini-Uzi. Le 31 août 1989, il a tenté de la faire enregistrer comme «arme à autorisation restreinte».

Le registraire local a jugé que cette arme à feu était une «arme prohibée» selon le par. 84(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et l'a saisie. Il s'est ensuite adressé à la Cour provinciale de l'Ontario en vertu du par. 102(3) du *Code* afin que l'arme à feu saisie soit déclarée confisquée. Une telle confiscation n'entraîne que la saisie de l'arme; aucune poursuite n'est intentée contre son propriétaire.

En novembre 1989, le juge Payne de la Cour provinciale a statué que, puisque c'était une arme à feu semi-automatique qui pouvait être facilement transformée en arme entièrement automatique, elle pouvait tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d'une seule pression sur la détente. Il a conclu qu'il s'agissait d'une «arme prohibée» selon la définition donnée au par. 84(1) du *Code* et a rendu l'ordonnance suivante:

[TRADUCTION] Par conséquent, compte tenu de la preuve, bien que l'arme produite par le fabricant original était bien semi-automatique et que, en fait, une arme semi-automatique ait été présentée aux autorités en vue de son enregistrement comme arme à autorisation restreinte, je suis convaincu que cette arme tirera des balles de manière entièrement automatique après:

- a) le réglage de la plaque de retenue,
- b) le remplacement du mécanisme de la détente par des pièces distinctes entièrement automatiques ou
- c) le remplacement du mécanisme de la détente par celui d'une réplique de l'arme.

À cause de cette possibilité, il s'agit, de fait, d'une arme prohibée. En conséquence, sa destruction est ordonnée.

La Cour de district de l'Ontario a maintenu l'ordonnance, mais la Cour d'appel de cette province a

ment allowed the appeal: (1991), 5 O.R. (3d) 225, 50 O.A.C. 186, 67 C.C.C. (3d) 426, 9 C.R. (4th) 281. Carthy J.A., for the majority, stated (at p. 227 O.R.):

In interpreting a written document, here a statute, first impressions can often be the most reliable. It is the simplest form of analysis and, unless the issue itself is complicated and requires deeper searches for meaning, probably reflects what the author intended. Here, Parliament has used the expression "anything that can be adapted for use as a firearm" in the definition of "firearm", and the expression "that is capable of firing bullets in rapid succession" in the definition of "prohibited weapon". [Emphasis added by Carthy J.A.] There is an intended difference between the two and the simplest identification of that difference is to say that "capable" means "capable in its present condition" rather than a capability which may be achieved by adaptation.

Tarnopolsky J.A., in dissent, held that a firearm easily convertible to a fully automatic form was a "prohibited weapon". He followed the approach of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Global Armaments Ltd.* (1990), 105 A.R. 260. There it was held that the firearms under review, which were originally fully automatic but had been converted to single shot weapons, retained their status as "prohibited weapons" because the conversion process was quick and easy. Tarnopolsky J.A. concluded that if "capable" was not broadly interpreted to include adaptability, a conviction could be avoided simply by removing a portion of the weapon to make it inoperable.

This appeal turns on the interpretation of "capable" in para. (c) of the definition of "prohibited weapon" in s. 84(1) of the *Code*. Unless noted otherwise, all subsequent references to legislation are to s. 84(1) of the *Code*. The appellant seeks a broad interpretation that would include firearms with the potential to be made fully automatic with relative ease, submitting that such an interpretation underscores the policy underlying firearms control

accueilli l'appel à la majorité: (1991), 5 O.R. (3d) 225, 50 O.A.C. 186, 67 C.C.C. (3d) 426, 9 C.R. (4th) 281. Le juge Carthy a dit au nom de la majorité (à la p. 227 O.R.):

[TRADUCTION] Dans l'interprétation d'un document écrit, en l'espèce une loi, les premières impressions peuvent souvent être les plus fiables. C'est la forme la plus simple d'analyse et, à moins que la question elle-même soit compliquée et exige des recherches plus approfondies quant au sens, elle reflète probablement ce que l'auteur voulait dire. En l'espèce, le législateur a utilisé l'expression «toute chose pouvant être adaptée pour être utilisée comme telle» dans la définition de «arme à feu» et l'expression «pouvant tirer rapidement plusieurs balles» dans la définition de «arme prohibée». [Les italiques sont du juge Carthy.] Il s'agit là d'une différence établie volontairement entre les deux, et la façon la plus simple de marquer cette différence est de dire que «pouvant» signifie «pouvant dans son état actuel» plutôt qu'une possibilité qui peut se réaliser par adaptation.

Dans sa dissidence, le juge Tarnopolsky a conclu qu'une arme à feu facilement transformable en une arme entièrement automatique était une «arme prohibée». Il a adopté la solution retenue par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. Global Armaments Ltd.* (1990), 105 A.R. 260. La cour a décidé dans cet arrêt que les armes à feu en cause, qui étaient entièrement automatiques à l'origine mais avaient été transformées en armes ne tirant qu'un coup à la fois, gardaient leur caractère d'«armes prohibées» parce que le processus de transformation était rapide et facile. Le juge Tarnopolsky a conclu que, si le mot «pouvant» n'était pas interprété dans son sens large de façon à comprendre la possibilité d'adaptation, on pourrait éviter une déclaration de culpabilité simplement en enlevant une partie de l'arme pour la rendre inutilisable.

Le présent pourvoi porte sur l'interprétation du mot «pouvant» figurant à l'al. c) de la définition de «arme prohibée» au par. 84(1) du *Code*. Sauf indications contraires, tous les renvois subséquents à la loi concernent le par. 84(1) du *Code*. L'appelante sollicite une interprétation large qui engloberait les armes à feu qui peuvent devenir entièrement automatiques assez facilement et soutient qu'une telle interprétation met en évidence la politique qui

legislation. The respondent submits that Parliament must be taken to have chosen the word "capable" deliberately and seeks a narrow interpretation restricting "capable" to present firing ability.

"Capable" is used in the *Code* in defining "firearm", "prohibited weapon" and "restricted weapon". But the *Code* also uses terms which more clearly encompass future ability, such as "adapted", "designed", "altered" and "intended".

In the present case, the definitions of both "prohibited weapon" and "restricted weapon" depend on the definition of "firearm". If a particular object is not a "firearm" we need not take the further step of classifying it as "restricted" or "prohibited". "Firearm" is defined as

any barrelled weapon from which any shot, bullet or other missile can be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person, and includes any frame or receiver of such a barrelled weapon and anything that can be adapted for use as a firearm; [Emphasis added.]

The determination of what is a "firearm" involves both a test of capability (of causing serious bodily injury or death) and of adaptability (for use as a firearm). *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725, sets out the criteria to be used in determining when an object qualifies as a firearm.

The definition of "prohibited weapon" uses both "capable" and "adapted", however, not in the same paragraph:

"prohibited weapon" means

(c) any firearm, not being a restricted weapon described in paragraph (c) of the definition of that expression in this subsection, that is capable of firing

sous-tend la réglementation de l'usage des armes à feu. L'intimé prétend qu'il faut considérer que le législateur a choisi délibérément le mot «pouvant» et sollicite une interprétation stricte qui limite le mot «pouvant» à la capacité actuelle de l'arme à feu.

Le verbe «pouvoir», ses dérivés et équivalents («pouvant», «peut», «susceptible de») sont utilisés dans le *Code* pour définir les expressions «arme à feu», «arme prohibée» et «arme à autorisation restreinte». Mais le *Code* utilise également des termes qui comprennent plus clairement une capacité éventuelle, comme «adaptée», «modifiée», «destinée», «conçue», «susceptible», «de par sa construction» et «de par ses modifications».

En l'espèce, les définitions de «arme prohibée» et de «arme à autorisation restreinte» reposent toutes deux sur la définition de «arme à feu». Si un objet donné n'est pas une «arme à feu», nous n'avons pas besoin d'aller plus loin et de le classer comme étant «à autorisation restreinte» ou «prohibé». «Arme à feu» désigne:

Toute arme, y compris une carcasse ou chambre d'une telle arme ainsi que toute chose pouvant être adaptée pour être utilisée comme telle, susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d'infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne. [Je souligne.]

Pour déterminer ce qu'est une «arme à feu», il faut se reporter à la fois à un critère de possibilité (d'infliger des lésions corporelles graves ou la mort) et à un critère d'adaptabilité (pour utilisation comme arme à feu). L'arrêt *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725, énonce les critères à utiliser pour déterminer quand un objet constitue une arme à feu.

La définition de l'expression «arme prohibée» utilise à la fois le verbe «pouvoir» (possibilité) et «modifiée de façon que» (adaptation), mais pas dans le même alinéa:

«arme prohibée»

c) toute arme à feu, autre qu'une arme à autorisation restreinte décrite à l'alinéa c) de la définition de cette expression au présent paragraphe, pouvant tirer rapi-

bullets in rapid succession during one pressure of the trigger,

(d) any firearm adapted from a rifle or shotgun, whether by sawing, cutting or other alteration or modification, that, as so adapted, has a barrel that is less than 457 mm in length or that is less than 660 mm in overall length. . . . [Emphasis added.]

Whether or not a “firearm” is prohibited on the basis of rapid firing ability depends on capability. In contrast, prohibition on the basis of reduced barrel length depends on actual adaptation. Submissions that “capable” includes future ability or potential are weakened by the express reference to adaptation of a firearm in para. (d), in the definition of “prohibited weapon”.

“Capable” is also used in the definition of “restricted weapon”:

“restricted weapon” means

(a) any firearm, not being a prohibited weapon, designed, altered or intended to be aimed and fired by the action of one hand,

(b) any firearm that

(i) is not a prohibited weapon, has a barrel that is less than 470 mm in length and is capable of discharging a centre-fire ammunition in a semi-automatic manner, or

(ii) is designed or adapted to be fired when reduced to a length of less than 660 mm by folding, telescoping or otherwise, or

(c) any firearm that is designed, altered or intended to fire bullets in rapid succession during one pressure of the trigger and that, on January 1, 1978, was registered as a restricted weapon and formed part of a gun collection in Canada of a genuine gun collector. . . . [Emphasis added.]

“Capable” is used in isolation from terms such as “adapted”, “altered”, “designed”, and “intended”—terms which more clearly refer to future ability. This limits “capable” to present ability. Curiously, the only time rapid firing ability is referred to in association with the phrase “designed, altered or intended” is in para. (c) in the

dement plusieurs balles pendant la durée d’une pression sur la détente;

d) toute arme à feu sciée, coupée ou modifiée de façon que la longueur du canon soit inférieure à 457 mm ou de façon que la longueur totale de l’arme soit inférieure à 660 mm; [Je souligne.]

Qu’une «arme à feu» soit prohibée ou non en raison de la capacité de tirer rapidement dépend de la possibilité de le faire. Par contre, la prohibition en fonction de la longueur réduite du canon dépend d’une modification effectuée. Les allégations que le terme «pouvant» comprend la capacité éventuelle ou le potentiel perdent de leur solidité en raison du renvoi exprès à la modification d’une arme à feu à l’al. d) de la définition de «arme prohibée».

Le verbe «pouvoir» figure également dans la définition de «arme à autorisation restreinte»:

«arme à autorisation restreinte»

a) Toute arme à feu qui n’est pas une arme prohibée, destinée, de par sa construction ou ses modifications, à permettre de viser et de tirer à l’aide d’une seule main;

b) toute arme à feu qui, selon le cas:

(i) n’est pas une arme prohibée, est munie d’un canon de moins de 470 mm de longueur et peut tirer des munitions à percussion centrale d’une manière semi-automatique,

(ii) est conçue ou adaptée pour tirer lorsqu’elle est réduite à une longueur de moins de 660 mm par repliement, emboîtement ou autrement;

c) toute arme à feu destinée, de par sa construction ou ses modifications, à permettre de tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d’une pression sur la détente et qui, au 1^{er} janvier 1978, était enregistrée comme arme à autorisation restreinte et faisait partie de la collection, au Canada, d’un véritable collectionneur d’armes à feu; [Je souligne.]

Le verbe «pouvoir» est utilisé indépendamment des termes tels que «adaptée», «modifiée», «destinée», «conçue», «de par sa construction» et «de par ses modifications»—termes qui renvoient plus clairement à une capacité éventuelle. Cela limite le sens de «pouvoir» à la capacité actuelle. Curieusement, la seule fois qu’il est fait mention de la capa-

definition of “restricted weapon” (the grandfathering provision).

The recent amendment of the definition of “prohibited weapon” (S.C. 1991, c. 40, s. 2) has not clarified the meaning of “capable”.

“prohibited weapon” means

(c) any firearm, not being a restricted weapon described in paragraph (c) or (c.1) of the definition of that expression in this subsection, that is capable of, or assembled or designed and manufactured with the capability of, firing projectiles in rapid succession during one pressure of the trigger, whether or not it has been altered to fire only one projectile with one such pressure. . . . [Emphasis added.]

The effect of the amendment is that there are now two categories of weapons classed as “prohibited” under para. (c):

(i) firearms capable of firing projectiles in rapid succession during one pressure of the trigger

(ii) firearms assembled or designed and manufactured with the capability of firing in rapid succession during one pressure of the trigger regardless of whether they have been so altered.

The respondent submits that the second category includes only firearms that were originally fully automatic but now downgraded to fire a single shot at a time. Such weapons are clearly prohibited by that amendment. In contrast, the appellant submits that the second category also covers semi-automatic firearms that may be upgraded to full automation. However, a broad interpretation of “capable” in the first category, the only category in the unamended definition, catches all convertible weapons, both converted fully automatics and convertible semi-automatics. The amendment is

cité de tirer rapidement en rapport avec l’expression «destinée, de par sa construction ou ses modifications», c’est à l’al. c) de la définition de «arme à autorisation restreinte» (la disposition relative aux droits acquis).

La modification apportée récemment à la définition de «arme prohibée» (L.C. 1991, ch. 40, art. 2) n’a pas clarifié le sens du verbe «pouvoir».

«arme prohibée»

c) toute arme à feu, autre qu’une arme à autorisation restreinte décrite aux alinéas c) ou c.1) de la définition de «arme à autorisation restreinte» au présent paragraphe, assemblée ou conçue et fabriquée de façon à tirer, ou pouvant tirer, rapidement plusieurs projectiles pendant la durée d’une pression sur la détente, qu’elle ait été ou non modifiée pour ne tirer qu’un seul projectile pendant la durée d’une pression sur la détente; [Je souligne.]

À la suite de cette modification, il existe maintenant deux catégories d’armes dites «prohibées» selon l’al. c):

(i) les armes à feu pouvant tirer rapidement plusieurs projectiles pendant la durée d’une pression sur la détente;

(ii) les armes à feu assemblées ou conçues et fabriquées de façon à tirer rapidement plusieurs projectiles pendant la durée d’une pression sur la détente indépendamment du fait qu’elles aient été modifiées.

L’intimé soutient que la seconde catégorie comprend seulement les armes à feu qui étaient entièrement automatiques à l’origine mais qui maintenant ont été déclassées de façon à tirer un seul coup à la fois. Ces armes sont clairement prohibées par cette modification législative. Par contre, l’appelante prétend que la seconde catégorie s’applique également aux armes à feu semi-automatiques qui peuvent être transformées en armes entièrement automatiques. Toutefois, une interprétation large du verbe «pouvoir» dans la première catégorie, la seule catégorie existant dans la définition non modifiée, englobe toutes les armes transformables, tant celles qui sont transformées en armes entière-

redundant unless “capable” is restricted to present firing ability.

In *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, this Court recognized the policy behind firearms control legislation. See *Sopinka J.* at p. 1383:

While firearms have been regulated in some form in Canada since 1892, the amendments of 1977 were intended as a more comprehensive approach to protecting the public from firearm misuse (Hawley, *Canadian Firearms Law* (1988), at p. 2). In my opinion, Lane Co. Ct. J. accurately stated the purpose of legislation in *R. v. Anderson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 439, at p. 447:

The recognized intent of s. 98 as a whole is to remove, or to prevent the acquisition of firearms from those members of the population who have committed offences, or who it may be reasonably anticipated may commit an offence.

A narrow interpretation of “capable” does not thwart the concern for public protection. Those weapons that would have been classified as prohibited under a broad interpretation of “capable” in para. (c), are still highly controlled under the *Code* as “restricted weapons”. An applicant for a “restricted” weapons certificate must demonstrate to the local registrar of firearms that the weapon’s intended use falls within narrow categories set out in s. 109(3). If Parliament wishes to prohibit semi-automatic firearms which are easily converted to fully automatic firing it is open for Parliament to do so.

Section 84(1) also provides for the express classification of a particular firearm, as evidenced in the *Restricted Weapons Order*, SOR/92-467, as well as in the various *Prohibited Weapons Orders*.

ment automatiques que celles qui sont transformables en armes semi-automatiques. La modification législative est redondante à moins que le verbe «pouvoir» ne se limite à la capacité actuelle de tirer de l’arme à feu.

Dans l’arrêt *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, notre Cour a reconnu la politique qui sous-tend la réglementation de l’usage des armes à feu. Voir les motifs du juge *Sopinka*, à la p. 1383:

Bien que l’usage des armes à feu ait été dans une certaine mesure réglementé au Canada depuis 1892, les modifications de 1977 visaient à aborder de façon plus globale la protection du public contre l’utilisation abusive des armes à feu (Hawley, *Canadian Firearms Law* (1988), à la p. 2). À mon avis, le juge Lane de la Cour de comté a correctement énoncé l’objet de la Loi dans l’affaire *R. v. Anderson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 439, à la p. 447:

[TRADUCTION] L’intention reconnue de l’art. 98 dans son ensemble est de retirer les armes à feu aux gens qui ont commis des infractions ou dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’ils le fassent, ou de les empêcher d’en acquérir.

Une interprétation stricte du verbe «pouvoir» ne s’oppose pas au souci de la protection du public. Les armes qui auraient été classées parmi les armes prohibées en vertu d’une interprétation large du verbe «pouvoir» à l’al. c) font encore l’objet d’une réglementation sévère dans le *Code* en tant qu’«armes à autorisation restreinte». La personne qui demande un certificat d’enregistrement dans le cas d’une «arme à autorisation restreinte» doit prouver au registraire local des armes à feu que l’usage projeté pour l’arme entre dans les catégories strictes établies au par. 109(3). Si le législateur désire prohiber les armes à feu semi-automatiques qui se transforment facilement pour tirer de manière entièrement automatique, il est libre de le faire.

Le paragraphe 84(1) prévoit également la classification expresse d’une arme à feu particulière, comme il est mentionné dans le *Décret sur les armes à autorisation restreinte*, DORS/92-467, ainsi que dans les divers *Décrets sur les armes prohibées*. La classification a l’avantage manifeste

Classification has the obvious advantage of specificity and the elimination of judicial interpretation.

A broad interpretation of “capable” may be acceptable in *in rem* proceedings such as the present case, where the forfeiting of the firearm is the only penalty. However, the definition of “prohibited weapon” also applies in other circumstances. Section 90 of the *Code* provides for various possession offences of “prohibited weapons” punishable by imprisonment up to ten years. Section 95 makes trade in “prohibited weapons” punishable by up to ten years imprisonment. The definition of “prohibited weapon” is used in the *Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, the violation of which carries both monetary and penal sanctions.

A “prohibited weapons” conviction carries serious consequences for the accused. Any test based on capability extending to future alterations, which may be beyond an accused’s knowledge or skill, introduces an undesirable level of uncertainty. All persons are presumed to know the law. That being so it is incumbent on Parliament to ensure clarity in drafting penal statutes.

I would dismiss the appeal.

The judgment of La Forest, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—I have read with great interest the excellent reasons of Justice Major. Unfortunately I cannot agree with them.

On this appeal it must be decided whether the Mini-Uzi submachine gun which is the subject of this case should be classified as a prohibited weapon. The decision requires a consideration of the balance which must be struck between the protection of the public from the potential scourge of killing from the use of automatic weapons and the rights of the individual who, through possession of a prohibited weapon, can become liable either to a

de particulariser les cas et d’éviter le recours à l’interprétation des tribunaux.

Une interprétation large du verbe «pouvoir» peut être acceptable dans les procédures *in rem* comme en l’espèce, où la confiscation de l’arme est la seule peine. Cependant, la définition de «arme prohibée» s’applique également dans d’autres cas. L’article 90 du *Code* prévoit différentes infractions relatives à la possession d’«armes prohibées», punissables d’un emprisonnement maximal de dix ans. L’article 95 rend le commerce des «armes prohibées» punissable d’un emprisonnement maximal de dix ans. La définition de «arme prohibée» est utilisée dans la *Loi sur les licences d’exportation et d’importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19, dont la violation entraîne à la fois des sanctions pécuniaires et des sanctions pénales.

Une déclaration de culpabilité relative à des «armes prohibées» entraîne des conséquences graves pour l’accusé. Tout critère fondé sur la possibilité que soient éventuellement apportées des modifications, qui peuvent dépasser la connaissance ou la compétence de l’accusé, engendre un niveau non souhaitable d’incertitude. Nul n’est censé ignorer la loi. Cela étant, il incombe au législateur d’être clair dans la rédaction des lois pénales.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—J’ai pris connaissance avec beaucoup d’intérêt des excellents motifs du juge Major, avec lesquels je ne puis malheureusement être d’accord.

Dans le présent pourvoi, il s’agit de déterminer si la mitraillette Mini-Uzi dont il est question en l’espèce doit être classée comme une arme prohibée. Pour ce faire, il faut tenir compte de l’équilibre à établir entre la protection du public contre l’avalanche possible de meurtres pouvant découler de l’utilisation d’armes automatiques et les droits des individus qui, en raison de la possession d’une arme prohibée, peuvent être reconnus coupables

conviction for an indictable offence which, at the time, carried the potential of imprisonment for five years or to a conviction on a summary conviction offence.

I—Factual Background

At the end of August, 1989, Bernhard Hasselwander, the respondent, applied to the local registrar of firearms in Guelph, Ontario, to register his Mini-Uzi submachine gun as a restricted weapon. Upon examining the gun, the registrar determined that it was a prohibited weapon as defined by the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and seized it.

On September 26, 1989, the registrar applied to the Ontario Provincial Court for a declaration pursuant to s. 102(3) of the *Criminal Code* that the seized Mini-Uzi be forfeited and disposed of as the Attorney General directed.

II—The Courts Below

Provincial Court (Payne Prov. Ct. J.)

The Provincial Court judge heard the testimony of the firearms expert, a collector of weapons and the respondent. On the basis of that evidence he made the following significant findings of fact:

It is obvious from the evidence with some minor work on the plate that the obstruction could be removed, however, I am more influenced by the fact that the entire trigger mechanism can be quite easily removed and replaced by a fully automatic trigger mechanism and I am also influenced by the evidence that the trigger mechanism from the replica weapon could be attached to the weapon and it would fire in a fully automatic mode. This aspect of the matter makes control in itself almost impossible as there is no control over the sale of replica weapons. Constable Soley's evidence also indicated that alternate parts were readily available from various sources and notwithstanding the restricted aspect of some manufacturers parts supplies it does appear that the adaptability of fully automatic parts to this weapon remains an easy exercise.

d'un acte criminel qui, à l'époque, pouvait entraîner une peine d'emprisonnement de cinq ans ou d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

I—Les faits

À la fin d'août 1989, Bernhard Hasselwander, l'intimé, s'est adressé au registraire local d'armes à feu à Guelph (Ontario) pour faire enregistrer sa mitraillette Mini-Uzi comme arme à autorisation restreinte. Après avoir examiné l'arme, le registraire a jugé qu'il s'agissait d'une arme prohibée selon la définition du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et l'a saisie.

Le 26 septembre 1989, le registraire s'est adressé à la Cour provinciale de l'Ontario en vertu du par. 102(3) du *Code criminel* afin que la Mini-Uzi soit déclarée confisquée et qu'il en soit disposé ainsi que l'ordonnerait le procureur général.

II—Les juridictions inférieures

La Cour provinciale (le juge Payne)

Le juge de la Cour provinciale a entendu les témoignages d'un expert en armes à feu, d'un collectionneur d'armes et de l'intimé. Compte tenu de cette preuve, il a tiré les importantes conclusions de fait suivantes:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la preuve que, grâce à quelques petits travaux effectués sur la plaque, on pourrait faire disparaître l'obstruction; toutefois, je suis davantage influencé par le fait que tout le mécanisme de la détente peut être enlevé et remplacé très facilement par un mécanisme de détente entièrement automatique, et je suis également influencé par le témoignage selon lequel on pourrait équiper l'arme du mécanisme de la détente d'une réplique de l'arme et qu'elle pourrait tirer des balles de manière entièrement automatique. Cet aspect de la question rend le contrôle presque impossible en soi, car aucun contrôle n'est exercé sur la vente des répliques d'armes. Il appert également du témoignage de l'agent Soley qu'il est facile d'obtenir des pièces de rechange de diverses sources et que, malgré un approvisionnement restreint en pièces produites par certains manufacturiers, il semble effectivement que l'adaptation de pièces entièrement automatiques à cette arme reste un exercice facile.

On the basis of these findings, Payne Prov. Ct. J. held:

On the evidence therefore, I am satisfied that notwithstanding that the original manufacturer made this weapon as a semi-automatic and the fact that it was in fact a semi-automatic when it was submitted to the authorities for registration as a restricted weapon, it is my finding on the evidence that by reason of

- a) adjustment of the restraining plate or
- b) replacing the trigger mechanism with spare parts which are fully automatic or
- c) replacing the trigger mechanism with the trigger mechanism of a replica weapon this gun will fire as a fully automatic.

Because of this capability it is in fact a prohibited weapon and an order will go for its destruction accordingly.

District Court (Higgins Dist. Ct. J.)

The District Court judge found that the findings of the Provincial Court judge were justified and supported by the evidence. He found no error in the conclusions of the trial judge and dismissed the respondent's appeal.

Court of Appeal

The Majority

The majority of the Court of Appeal compared the definition of a firearm to that of a prohibited weapon. It was noted that in the definition of "firearm" Parliament had used the expression "anything that can be adapted for use as a firearm" while in defining "prohibited weapons" they had used the words "that is capable of firing bullets in rapid succession". The majority found that an inference could be drawn that there was an intentional difference in the wording of these definitions. As a result, the majority concluded that the word "capable" means "capable in its present condition" rather than a capability which could be achieved by way of an adaptation of the weapon. The majority then set aside the orders of the courts

En se fondant sur ces conclusions, le juge Payne a décidé:

[TRADUCTION] Par conséquent, compte tenu de la preuve, bien que l'arme produite par le fabricant originaire était bien semi-automatique et que, en fait, une arme semi-automatique ait été présentée aux autorités en vue de son enregistrement comme arme à autorisation restreinte, je suis convaincu que cette arme tirera des balles de manière entièrement automatique après:

- a) le réglage de la plaque de retenue,
- b) le remplacement du mécanisme de la détente par des pièces distinctes entièrement automatiques ou
- c) le remplacement du mécanisme de la détente par celui d'une réplique de l'arme.

À cause de cette possibilité, il s'agit, de fait, d'une arme prohibée. En conséquence, sa destruction est ordonnée.

La Cour de district (le juge Higgins)

Le juge de la Cour de district a statué que les conclusions du juge de la Cour provinciale étaient justifiées et étayées par la preuve. Il n'a décelé aucune erreur dans les conclusions du juge du procès et a rejeté l'appel de l'intimé.

La Cour d'appel

La majorité

La Cour d'appel a, à la majorité, comparé la définition d'une arme à feu avec celle d'une arme prohibée. On a remarqué que, dans la définition de «arme à feu», le législateur a utilisé l'expression «toute chose pouvant être adaptée pour être utilisée comme [arme à feu]» tandis que, dans la définition de «arme prohibée», il a utilisé les mots «pouvant tirer rapidement plusieurs balles». Il a été décidé que l'on pouvait déduire du libellé de ces définitions l'existence d'une différence établie volontairement. La cour a donc conclu à la majorité que le mot «pouvant» signifie «pouvant dans son état actuel» plutôt que de renvoyer à une possibilité qui peut se réaliser par adaptation. Les ordonnances des juridictions inférieures ont alors été annulées:

below: (1991), 5 O.R. (3d) 225, 50 O.A.C. 186, 67 C.C.C. (3d) 426, 9 C.R. (4th) 281.

The Minority

Tarnopolsky J.A. expressed the opinion that a firearm which could easily be converted into a fully automatic weapon was a prohibited weapon within the meaning of para. (c) of that definition in s. 84(1) of the *Criminal Code*. He cited and adopted the approach that had been taken by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Global Armaments Ltd.* (1990), 105 A.R. 260. He would have dismissed the appeal.

III—Analysis

In 1989, s. 84(1) of the *Criminal Code* included, among other things, the following definition of a “prohibited weapon”:

(c) any firearm, not being a restricted weapon described in paragraph (c) of the definition of that expression in this subsection, that is capable of firing bullets in rapid succession during one pressure of the trigger

The same section defined a “firearm” as

any barrelled weapon from which any shot, bullet or other missile can be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person, and includes any frame or receiver of such a barrelled weapon and anything that can be adapted for use as a firearm;

Section 102(3) of the *Criminal Code* provides the authority for the seizure of prohibited weapons. It reads as follows:

(3) Where any restricted weapon, firearm or prohibited weapon that was seized pursuant to subsection (1) is not returned as and when provided by subsection (2), a peace officer shall forthwith take it before a provincial court judge who may, after affording the person from whom it was seized or the owner thereof, if known, an opportunity to establish that he is lawfully entitled to the possession thereof, declare it to be forfeited to Her Majesty, whereupon it shall be disposed of as the Attorney General directs.

(1991), 5 O.R. (3d) 225, 50 O.A.C. 186, 67 C.C.C. (3d) 426, 9 C.R. (4th) 281.

L’opinion minoritaire

Le juge Tarnopolsky a exprimé l’opinion que l’arme à feu qui peut être transformée facilement en une arme entièrement automatique est une arme prohibée au sens de l’al. c) de la définition qui en est donnée au par. 84(1) du *Code criminel*. Il a cité et adopté la solution retenue par la Cour d’appel de l’Alberta dans *R. v. Global Armaments Ltd.* (1990), 105 A.R. 260. Il était d’avis de rejeter l’appel.

III—Analyse

En 1989, le par. 84(1) du *Code criminel* comprenait notamment la définition suivante de «arme prohibée»:

c) toute arme à feu, autre qu’une arme à autorisation restreinte décrite à l’alinéa c) de la définition de cette expression au présent paragraphe, pouvant tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d’une pression sur la détente;

Le même paragraphe définissait ainsi une «arme à feu»:

Toute arme, y compris une carcasse ou chambre d’une telle arme ainsi que toute chose pouvant être adaptée pour être utilisée comme telle, susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d’infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne.

Le paragraphe 102(3) du *Code criminel* prévoit le pouvoir de saisir les armes prohibées. Il est libellé ainsi:

(3) L’agent de la paix apporte immédiatement les armes à autorisation restreinte, armes à feu ou armes prohibées, saisies conformément au paragraphe (1) mais non remises conformément au paragraphe (2), à un juge de la cour provinciale qui peut, après avoir donné à la personne qui les détenait lorsqu’elles ont été saisies, ou à leur propriétaire, s’il est connu, l’occasion d’établir qu’ils ont le droit de les posséder, les déclarer confisquées au profit de Sa Majesté et, sur ce, il en est disposé ainsi que l’ordonne le procureur général.

Section 90(1)(a) and (b) made it an offence to possess a prohibited weapon. At the time that section provided:

90. (1) Every one who has in his possession a prohibited weapon

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) Every one who is an occupant of a motor vehicle in which he knows there is a prohibited weapon

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Subsection (1) does not apply to a person who comes into possession of a prohibited weapon by operation of law and thereafter, with reasonable despatch, lawfully disposes thereof.

(4) Subsection (2) does not apply to an occupant of a motor vehicle in which there is a prohibited weapon where, by virtue of subsection (3) or section 92, subsection (1) does not apply to the person who is in possession of that weapon.

1. *The Approach that should be Taken to the Interpretation of the Definition of "Prohibited Weapon"*

We are dealing here with the *Criminal Code*. In days gone by it was a fundamental principle of statutory interpretation that penal enactments should be strictly construed so that any uncertainty as to the meaning or the scope of the law would be resolved in favour of the accused. See, for example, *Cité de Montréal v. Bélec*, [1927] S.C.R. 535, and *Winnipeg Film Society v. Webster*, [1964] S.C.R. 280. This rule has been modified and indeed transformed over the last fifty years. In his book, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), Pierre-André Côté provides a helpful historical analysis of this rule. On pages 397-98, the following appears:

Les alinéas 90(1)a) et b) érigeaient en infraction le fait de posséder une arme prohibée. À l'époque, l'article prévoyait:

90. (1) Est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

quiconque a en sa possession une arme prohibée.

(2) Est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

quiconque occupe un véhicule automobile qu'il sait renfermer une arme prohibée.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui vient à posséder de par la loi une arme prohibée et qui s'en défait légalement avec diligence raisonnable.

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'occupant d'un véhicule automobile où se trouve une arme prohibée, lorsque, en vertu du paragraphe (3) ou de l'article 92, le paragraphe (1) ne s'applique pas au possesseur de l'arme.

1. *La solution qui devrait être retenue en ce qui concerne l'interprétation de la définition de «arme prohibée»*

Nous traitons ici du *Code criminel*. Dans le passé, il existait un principe fondamental d'interprétation des lois selon lequel les lois pénales devaient recevoir une interprétation restrictive de façon que tout doute sur la signification ou la portée de la loi profite à l'accusé. Voir, par exemple, *Cité de Montréal c. Bélec*, [1927] R.C.S. 535, et *Winnipeg Film Society c. Webster*, [1964] R.C.S. 280. Cette règle a été changée et même transformée au cours des cinquante dernières années. Dans son ouvrage intitulé *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), Pierre-André Côté fournit une analyse historique utile de cette règle. On peut lire à la p. 453:

Historically, the rule of strict construction drew its justification from a time when courts had to temper extremely severe penal legislation. Maxwell mentions that a person who cut down a cherry tree in an orchard, or who was seen in the presence of gypsies for a period of one month, could be sentenced to death (*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell, 1969, p. 238). Strict construction of penal statutes often meant interpretation *in favorem vitae*. The nineteenth century witnessed a relaxation of penal legislation, and the death penalty ceased being the standard punishment for serious crimes. The reinforced presumption was relegated to a subsidiary one (Livingston Hall, "Strict or Liberal Construction of Penal Statutes", (1935) 48 *Harv. L. Rev.* 748, 752. Concerning interpretation of penal statutes, see: André Jodouin, "L'interprétation par le juge des lois pénales", (1978) 13 *R.J.T.* 49; Stephen Kloepfer, "The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law", (1983) 15 *Ottawa L.R.* 533).

As early as the beginning of this century, Justice Lyman Duff, at that time a member of the Supreme Court of British Columbia, observed that "the rule of strict construction, as applied to penal statutes, has been much relaxed (in recent years) (*McGregor v. Canadian Consolidated Mines Ltd.* (1906), 12 B.C.R. 116 (S.C.), 117).

The rule of strict construction of penal statutes appears to conflict with s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. That section provides that:

Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

The apparent conflict between a strict construction of a penal statute and the remedial interpretation required by s. 12 of the *Interpretation Act* was resolved by according the rule of strict construction of penal statutes a subsidiary role. In *Bélanger v. The Queen*, [1970] S.C.R. 567, Cartwright C.J. harmonized these opposing principles. In so doing he cited with approval the following words of Maxwell (*The Interpretation of Statutes* (7th ed. 1929), p. 244) at p. 573:

Historiquement, la règle de l'interprétation restrictive des lois pénales a pu paraître justifiée par la nécessité dans laquelle se sont trouvés les juges de faire contre-poids à une législation pénale extrêmement sévère. Maxwell signale qu'une personne qui coupait un cerisier dans un verger ou que l'on avait vue, pendant un mois, en compagnie des gitans pouvait, pour ces raisons, encourir la peine de mort (*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1969, p. 238). L'interprétation restrictive des lois pénales s'avérait donc souvent synonyme d'interprétation *in favorem vitae*. Le XIX^e siècle vit la législation pénale s'adoucir, la peine de mort cesser d'être la principale sanction pénale pour les crimes graves. Cela eut pour effet d'affaiblir l'intensité de la présomption, la faisant passer du rang de présomption renforcée à celui de présomption simple (Livingston HALL, «Strict or Liberal Construction of Penal Statutes», (1935) 48 *Harv. L. Rev.* 748, 749, 752. Sur l'interprétation des lois pénales, on verra aussi: André JODOUIN, «L'interprétation par le juge des lois pénales», (1978) 13 *R.J.T.* 49; Stephen KLOEPFER, «The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law», (1983), 15 *Ott. L. Rev.* 553.

Déjà, au début de ce siècle-ci, le juge Lyman Duff, alors membre de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, notait que «la règle d'interprétation stricte dans son application aux lois pénales a été beaucoup assouplie (...)» (*McGregor c. Canadian Consolidated Mines Ltd.*, (1906) 12 B.C.R. 116 (B.C. S.C.) 117 (traduction)).

La règle de l'interprétation restrictive des lois pénales semble entrer en conflit avec l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui prévoit:

Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

C'est en accordant un rôle subsidiaire à la règle de l'interprétation restrictive des lois pénales qu'on a réglé le conflit apparent qui existait entre l'interprétation restrictive d'une loi pénale et l'interprétation fondée sur l'apport d'une solution de droit qu'exige l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*. Dans l'arrêt *Bélanger c. La Reine*, [1970] R.C.S. 567, le juge en chef Cartwright a harmonisé ces principes opposés. En ce faisant, il a cité et approuvé, à la p. 573, le passage suivant de Maxwell (*The Interpretation of Statutes* (7^e éd. 1929), à la p. 244):

Where an equivocal word or ambiguous sentence leaves a reasonable doubt of its meaning which the canons of interpretation fail to solve, the benefit of the doubt should be given to the subject and against the Legislature which has failed to explain itself.

More recently, Martin J.A., writing for the Ontario Court of Appeal in *R. v. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137, employed this approach in interpreting the meaning of a word in the *Criminal Code*. He stated at pp. 141-42:

This Court has on many occasions applied the well-known rule of statutory construction that if a penal provision is reasonably capable of two interpretations, that interpretation which is the more favourable to the accused must be adopted: see, for example, *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109, 17 C.R. (3d) 1; *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255. I do not think, however, that this principle always requires a word which has two accepted meanings to be given the more restrictive meaning. Where a word used in a statute has two accepted meanings, then either or both meanings may apply. The Court is first required to endeavour to determine the sense in which Parliament used the word from the context in which it appears. It is only in the case of an ambiguity which still exists after the full context is considered, where it is uncertain in which sense Parliament used the word, that the above rule of statutory construction requires the interpretation which is the more favourable to the defendant to be adopted. [Emphasis added.]

Thus, the rule of strict construction becomes applicable only when attempts at the neutral interpretation suggested by s. 12 of the *Interpretation Act* still leave reasonable doubt as to the meaning or scope of the text of the statute. As Professor Côté has pointed out, this means that even with penal statutes, the real intention of the legislature must be sought, and the meaning compatible with its goals applied. (See, for example, *R. v. Johnston* (1977), 37 C.R.N.S. 234 (N.W.T.C.A.), aff'd [1978] 2 S.C.R. 391; *R. v. Philips Electronics Ltd.* (1980), 116 D.L.R. (3d) 298 (Ont. C.A.), aff'd [1981] 2 S.C.R. 264; *R. v. Leroux*, [1974] C.A. 151, and *R. v. Nittolo*, [1978] C.A. 146.)

In my view, any uncertainty as to whether the word "capable" means either "immediately capa-

[TRADUCTION] Lorsqu'un mot équivoque ou une phrase obscure laisse subsister un doute raisonnable que les règles d'interprétation ne permettent pas d'éclaircir, le bénéficiaire du doute doit profiter au citoyen et contre le législateur qui ne s'est pas exprimé clairement.

Plus récemment, le juge Martin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. c. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137, a utilisé cette méthode pour interpréter le sens d'un mot dans le *Code criminel*. Il a dit, aux pp. 141 et 142:

[TRADUCTION] Notre cour a appliqué à maintes reprises la règle bien connue d'interprétation des lois selon laquelle, si deux interprétations différentes peuvent raisonnablement être données à une disposition pénale, il faut retenir celle qui est la plus favorable à l'accusé: voir, par exemple, *R. c. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109, 17 C.R. (3d) 1; *R. c. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255. Toutefois, je ne crois pas que, d'après cette règle, il faille toujours donner à un mot qui a deux sens reconnus, le sens le plus restrictif. Lorsqu'un mot utilisé dans une loi a deux sens reconnus, alors l'un ou l'autre ou les deux peuvent s'appliquer. La cour doit d'abord tenter de déterminer, à partir du contexte, le sens dans lequel le législateur l'a utilisé. Ce n'est que lorsqu'une ambiguïté persiste, après l'étude du contexte, quant au sens dans lequel le législateur a utilisé le mot que, selon la règle d'interprétation mentionnée ci-dessus, il y a lieu d'adopter l'interprétation la plus favorable au défendeur. [Je souligne.]

La règle de l'interprétation restrictive devient donc applicable seulement lorsque les tentatives d'interprétation neutre proposées à l'art. 12 de la *Loi d'interprétation* laissent subsister un doute raisonnable quant au sens ou à la portée du texte de la loi. Comme l'a signalé le professeur Côté, cela signifie que, même dans le cas des lois pénales, il faut rechercher la véritable intention du législateur et appliquer le sens qui correspond à ses objets. (Voir, par exemple, *R. c. Johnston* (1977), 37 C.R.N.S. 234 (C.A.T.N.-O.), conf. par [1978] 2 R.C.S. 391; *R. c. Philips Electronics Ltd.* (1980), 116 D.L.R. (3d) 298 (C.A. Ont.), conf. par [1981] 2 R.C.S. 264; *R. c. Leroux*, [1974] C.A. 151, et *R. c. Nittolo*, [1978] C.A. 146.)

À mon avis, tout doute quant à savoir si le verbe «pouvoir» signifie «pouvant immédiatement» ou

ble” or “readily capable”, is resolved as soon as the word is interpreted in light of the purpose and goals of the prohibited weapons provisions of the *Code*. Therefore, there is no need to resort to the rule of strict construction in this case.

2. *The Purpose and Goals of the Provisions Pertaining to Prohibited Weapons*

Let us consider for a moment the nature of automatic weapons, that is to say, those weapons that are capable of firing rounds in rapid succession during one pressure of the trigger. These guns are designed to kill and maim a large number of people rapidly and effectively. They serve no other purpose. They are not designed for hunting any animal but man. They are not designed to test the skill and accuracy of a marksman. Their sole function is to kill people. These weapons are of no value for the hunter, or the marksman. They should then be used only by the Armed Forces and, in some circumstances, by the police forces. There can be no doubt that they pose such a threat that they constitute a real and present danger to all Canadians. There is good reason to prohibit their use in light of the threat which they pose and the limited use to which they can be put. Their prohibition ensures a safer society.

The American authorities should not be considered in this case. Canadians, unlike Americans do not have a constitutional right to bear arms. Indeed, most Canadians prefer the peace of mind and sense of security derived from the knowledge that the possession of automatic weapons is prohibited.

This Court, in *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725, determined that a purposive approach should be taken in interpreting the definition of “firearm”. In that case, the issue was whether a pellet gun from which several essential parts were missing could be considered a firearm within the meaning of s. 83 (now s. 85) and s. 82 (now s. 84) of the *Criminal Code*. The definition of “firearm” in s. 84(1)

«pouvant facilement» disparaît dès que l’on interprète ce mot en tenant compte de l’objet visé par les dispositions du *Code* relatives aux armes prohibées. Par conséquent, il n’est nullement nécessaire de recourir en l’espèce à la règle de l’interprétation restrictive.

2. *L’objet visé par les dispositions relatives aux armes prohibées*

Arrêtons-nous un instant à la nature des armes automatiques, c’est-à-dire aux armes pouvant tirer rapidement des salves de coups pendant la durée d’une pression sur la détente. Ces armes sont conçues dans le but de tuer et de mutiler un grand nombre de personnes de façon rapide et efficace. Elles ne servent à rien d’autre. Elles ne sont pas conçues pour chasser des animaux mais des hommes. Elles ne sont pas conçues pour vérifier l’habileté et la précision d’un tireur d’élite. Leur seule fonction est de tuer des gens. Ces armes ne sont d’aucune valeur pour le chasseur ou le tireur d’élite. Elles ne devraient donc être utilisées que par les forces armées et, dans certains cas, par les forces policières. Il ne fait aucun doute qu’elles présentent une menace telle qu’elles constituent un danger réel et actuel pour tous les Canadiens. Il y a une bonne raison d’interdire leur usage compte tenu de la menace qu’elles présentent et de l’usage restreint auquel elles peuvent servir. Leur interdiction assure une plus grande sécurité à la société.

La doctrine et la jurisprudence américaines ne devraient pas être prises en considération en l’espèce. Contrairement à la Constitution américaine, la Constitution canadienne ne garantit pas le droit de porter des armes. En effet, la plupart des Canadiens préfèrent la tranquillité d’esprit et le sens de la sécurité qui découlent du fait de savoir que la possession d’une arme automatique est interdite.

Dans l’arrêt *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725, notre Cour a jugé qu’il fallait adopter une méthode fondée sur l’objet pour interpréter la définition de «arme à feu». Dans cet arrêt, il s’agissait de savoir si un fusil à air comprimé auquel il manquait plusieurs pièces essentielles pouvait être considéré comme une arme à feu au sens de l’art. 83 (maintenant l’art. 85) et de l’art. 82 (maintenant l’art. 84)

includes “anything that can be adapted for use as a firearm”. In deciding whether the instrument in question fell within the definition of a “firearm”, Lamer J., as he then was, employed the purposive approach to determine the acceptable amount of adaptation required in order for something to be considered a firearm. At page 729 of that case Lamer J. stated:

In my view the acceptable amount of adaptation and the time required therefore for something to still remain within the definition is dependent upon the nature of the offence where the definition is involved. The purpose of each section should be identified and the amount, nature and the time span for adaptation determined so as to support Parliament’s endeavour when enacting that given section.

It is equally appropriate to utilize the purposive approach in order to determine the meaning of the phrase “capable of firing bullets in rapid succession during one pressure of the trigger”.

3. *The Appropriate Interpretation of the Definition of Prohibited Weapon*

What then, should “capable” mean as it is used in the s. 84(1) definition of prohibited weapon? It should not be restricted to the narrow meaning of immediately capable. Such a definition would mean that the simple removal of a part which could be replaced in seconds would take the weapon outside the definition. This surely could not have been the intention of Parliament. If it were, the danger from automatic weapons would continue to exist just as strongly as it did before the prohibition was enacted.

The word “capable” as it is defined in the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) includes an aspect of potential capability for conversion. It is defined as:

3. Able or fit to receive and be affected by; open to, susceptible

du *Code criminel*. La définition de «arme à feu» prévue au par. 84(1) comprend «toute chose pouvant être adaptée pour être utilisée comme [arme à feu]». Pour déterminer si l’instrument en question était visé par la définition de «arme à feu», le juge Lamer, maintenant juge en chef, a utilisé la méthode fondée sur l’objet pour établir le degré acceptable d’adaptation qui est requis pour que quelque chose soit considéré comme une arme à feu. Il a dit, à la p. 729:

À mon avis, pour que quelque chose demeure dans les limites de la définition, le degré acceptable d’adaptation et le temps requis pour la réaliser dépendent de la nature de l’infraction à laquelle la définition s’applique. Il faudra identifier le but de chaque article et déterminer la quantité, la nature de l’adaptation et le temps nécessaire à la réaliser de façon à donner effet à l’intention qu’avait le Parlement lorsqu’il a adopté cet article.

Il convient également d’utiliser la méthode fondée sur l’objet pour déterminer le sens de l’expression «pouvant tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d’une pression sur la détente».

3. *L’interprétation appropriée de la définition de «arme prohibée»*

Que devrait donc signifier le verbe «pouvoir» employé dans la définition de «arme prohibée» au par. 84(1)? Il ne devrait pas être limité au sens strict de pouvoir immédiatement. Une telle définition signifierait que le simple fait d’enlever une pièce qui pourrait être remplacée en quelques secondes soustrairait l’arme à la définition. Cela n’était certainement pas l’intention du législateur. Si tel avait été le cas, le danger que représentent les armes automatiques continuerait d’exister tout autant qu’avant l’adoption de l’interdiction.

Dans le texte anglais, le mot «*capable*» à l’al. c) de la définition de «*prohibited weapon*» comprend, selon l’*Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), un aspect de la possibilité de subir éventuellement des transformations. Il est défini ainsi:

3. Able or fit to receive and be affected by; open to, susceptible

5. Having the needful capacity, power, or fitness for (some specified purpose or activity).

From this, it is clear that “capable” does in fact include a potential for conversion. It is then fair and reasonable to interpret the definition of “prohibited weapon” as including a gun that has the potential to be readily converted to a fully automatic weapon.

In French the term “*arme prohibée*” includes:

c) toute arme à feu, autre qu’une arme à autorisation restreinte décrite à l’alinéa c) de la définition de cette expression au présent paragraphe, pouvant tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d’une pression sur la détente; [Emphasis added.]

Le Grand Robert de la langue française (2nd ed. 1986) defines the verb “*pouvoir*” as:

1. Avoir la possibilité de, être capable, en mesure de . . . (en raison des qualités de la personne ou de la chose, ou en raison des moyens offerts par les circonstances). V. **Capable, état** (en état de), **même** (à même de), **mesure** (en mesure de), **situation** (en situation de), **susceptible**.

and:

3. (En parlant de ce qui est hypothétique, incertain . . .).

Thus, it seems that the French definition as well clearly conveys the idea that the word “*pouvant*” like “capable” includes a potential which has yet to be realized, a future possibility as opposed to just an immediate capacity.

Yet, that potential aspect must be given some reasonable restriction. It is the proper role of the court to define the meaning of “capable” as it is used in the definition of “prohibited weapon” in s. 84(1). In my view, it should mean capable of conversion to an automatic weapon in a relatively short period of time with relative ease. There can be no doubt that on the findings of the Provincial Court judge, which are well supported by the evidence, this weapon comes within that definition.

5. Having the needful capacity, power, or fitness for (some specified purpose or activity).

Il ressort clairement que le mot «*capable*» comprend de fait une possibilité de transformation. Il est alors juste et raisonnable d’interpréter la définition de «*arme prohibée*» comme comprenant une arme qui peut être facilement transformée en une arme entièrement automatique.

En français, comme nous l’avons vu, la définition de «*arme prohibée*» comprend:

c) toute arme à feu, autre qu’une arme à autorisation restreinte décrite à l’alinéa c) de la définition de cette expression au présent paragraphe, pouvant tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d’une pression sur la détente; [Je souligne.]

Le Grand Robert de la langue française (2^e éd. 1986) définit ainsi le verbe «*pouvoir*»:

1. Avoir la possibilité de, être capable, en mesure de . . . (en raison des qualités de la personne ou de la chose, ou en raison des moyens offerts par les circonstances). V. **Capable, état** (en état de), **même** (à même de), **mesure** (en mesure de), **situation** (en situation de), **susceptible**.

et

3. (En parlant de ce qui est hypothétique, incertain . . .).

Il semble donc que la définition française aussi véhicule clairement l’idée que le mot «*pouvant*» comme le mot «*capable*» comprend une possibilité qui doit encore se réaliser, une possibilité à venir par opposition à seulement une capacité immédiate.

Toutefois, il faut apporter une restriction raisonnable à cet aspect de possibilité. C’est le véritable rôle du tribunal de définir le sens du mot «*pouvant*» utilisé dans la définition de «*arme prohibée*» au par. 84(1). À mon avis, il devrait signifier pouvant être transformée en une arme automatique dans un laps de temps assez court avec assez de facilité. Il ne fait pas de doute que, selon les conclusions du juge de la Cour provinciale, qui sont bien étayées par la preuve, l’arme en cause en l’espèce est visée par la définition.

Nor can it be a valid defence that a collector such as Mr. Hasselwander would never convert the weapon. Collectors are attractive targets for thieves who are seeking these weapons with every intention of using them or selling them to others who wish to make use of them. Members of the community are entitled to protection from the use of automatic weapons. This can be accomplished by giving the word capable the definition set out above.

Major J. notes that a conviction for possession of a prohibited weapon under s. 90 of the *Criminal Code* may now result in imprisonment for a term of up to ten years. (In 1989, the maximum term of imprisonment was five years.) In his view, the potential of imprisonment requires a strict construction of the statute. With respect, I disagree. Automatic weapons or those which may be easily and quickly converted to automatic status have such potential for killing and indeed, mass killing, that their possession may properly bring consequences of imprisonment. It is because of their lethal potential that the definition of "prohibited weapon" requires a reasonable interpretation based upon the wording of the section and the aim or purpose of the legislation. Furthermore, s. 90 permits the Crown to proceed by way of indictment or summary conviction. Therefore, an individual who is found to be in possession of a weapon which he may not have realized was prohibited may be charged with a summary offence and thus, if convicted, be eligible for an absolute discharge. Thus, I do not think that a strict interpretation of para. (c) of the definition of "prohibited weapon", as it stood at the time of the trial, was appropriate.

Nor can I agree with Justice Major's contention that the latest amendment to the section indicates that the word "capable" should be given a narrow or strict interpretation. Rather, it should be viewed

Ne peut pas non plus constituer un moyen de défense valable l'allégation selon laquelle un collectionneur tel que M. Hasselwander ne transformerait jamais l'arme. Les collectionneurs sont des cibles attrayantes pour les voleurs qui recherchent ces armes dans le but même de les utiliser ou de les vendre à d'autres personnes qui désirent en faire usage. Les citoyens ont le droit d'être protégés contre l'usage des armes à feu. On peut y arriver en donnant au mot «pouvant» la définition susmentionnée.

Le juge Major note qu'une déclaration de culpabilité pour possession d'une arme prohibée en vertu de l'art. 90 du *Code criminel* peut maintenant entraîner un emprisonnement maximal de dix ans. (En 1989, la peine maximale était de cinq ans.) À son avis, la possibilité d'une peine d'emprisonnement exige une interprétation restrictive de la loi. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Les armes automatiques ou celles qui peuvent être transformées facilement et rapidement en armes automatiques peuvent entraîner tellement de meurtres, et même des tueries, que leur possession peut, à bon droit, avoir pour conséquence l'emprisonnement. C'est à cause du caractère potentiellement létal des armes prohibées que la définition qui en est donnée exige une interprétation raisonnable fondée sur le libellé de l'article et sur le but ou l'objet de la loi. En outre, l'art. 90 permet au ministère public de poursuivre par voie d'acte d'accusation ou de déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Par conséquent, un individu qui est considéré avoir été en possession d'une arme dont il ne s'était peut-être pas rendu compte qu'elle était prohibée peut être accusé d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et ainsi, s'il est reconnu coupable, être admissible à une absolution inconditionnelle. Je ne crois donc pas qu'il y ait lieu de donner une interprétation restrictive à l'al. c) de la définition de «arme prohibée», selon le libellé qu'il avait à l'époque du procès.

Je ne peux pas être d'accord non plus avec la thèse du juge Major selon laquelle la toute dernière modification apportée à l'article indique qu'il faudrait donner au verbe «pouvoir» une interprétation

as a response to the perceived need to remove any doubt as to the meaning of the word.

The reasoning in other cases support the position that I have taken. Thus, I am in agreement with the reasons of Hart J.A. in *R. v. Haines* (1981), 45 N.S.R. (2d) 428, at p. 436, where he stated:

The offences charged here against the appellant were the possession of prohibited weapons. In my opinion the determination of whether or not a particular thing is a "prohibited weapon" is to be determined by applying the facts to the definition contained in s. 82 [now s. 84] of the *Criminal Code*. If a firearm is partially or completely dismantled but can be rendered "capable of firing bullets" by the simple reassembly of its parts or the making of some minor alterations to its works, I would think it could be found as a fact that it was a prohibited weapon. If, on the other hand, it was in such a condition that it could not be made operable because of lack of all parts or because of physical changes made to its structure which would be difficult to repair that it may cease to be in fact a "weapon". There would have to be at the same time and place the necessary ingredients for an operable firearm together with the ability to place it in operable form.

As well, I agree with the Alberta Court of Appeal in *R. v. Global Armaments, supra*. There the issue was whether the automatic weapons which had been converted to semi-automatic guns should still be considered as prohibited weapons. The trial judge held that the guns could very easily be reconverted to their original state and capability and therefore the guns retained their status as prohibited weapons. The Alberta Court of Appeal upheld the trial judge and stated:

... the learned Trial Judge has properly construed the intent of the legislation in his interpretation of the definition of the word "prohibited" used in s. 84 of the *Criminal Code*. The modified weapons could be reconverted in a matter of minutes to fire bullets in rapid succession during one pressure of the trigger. That is to say, that they never really lost the characteristic or classification of an automatic weapon.

stricte ou restrictive. Elle devrait plutôt être considérée comme une réponse au besoin ressenti de supprimer tout doute sur le sens de ce mot.

Le raisonnement suivi dans d'autres arrêts vient étayer la position que j'ai adoptée. Je suis donc d'accord avec les motifs du juge Hart dans *R. c. Haines* (1981), 45 N.S.R. (2d) 428, à la p. 436, où il a déclaré:

[TRADUCTION] Les infractions dont l'appelant a été accusé en l'espèce étaient la possession d'armes prohibées. D'après moi, c'est en appliquant les faits à la définition figurant à l'art. 82 [maintenant l'art. 84] du *Code criminel* que l'on doit déterminer si un objet particulier constitue ou non une «arme prohibée». Si une arme à feu est démontée en tout ou en partie mais qu'on peut faire en sorte qu'elle «puisse tirer des balles» en rassemblant tout simplement ses pièces ou en apportant quelques petites modifications à son mécanisme, je pense que l'on pourrait conclure qu'il s'agit d'une arme prohibée. Si, par ailleurs, elle se trouve dans une condition telle qu'on ne pourrait pas la rendre opérationnelle en raison de l'absence de toutes les pièces ou en raison de modifications matérielles apportées à sa structure qui seraient difficiles à réparer, elle peut cesser de fait d'être une «arme». Il devrait y avoir au même moment et au même endroit les éléments nécessaires pour qu'une arme à feu puisse fonctionner ainsi que la possibilité de lui donner une forme opérationnelle.

Je suis également d'accord avec la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. Global Armaments, précité*. Il s'agissait alors de savoir si les armes automatiques qui avaient été transformées en armes semi-automatiques devaient encore être considérées comme des armes prohibées. Le juge du procès a conclu que les armes pouvaient être très facilement ramenées à leur possibilité et caractère originaux et que, par conséquent, elles gardaient leur caractère d'armes prohibées. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la décision du juge du procès et a déclaré:

[TRADUCTION] ... le juge du procès a bien compris l'intention du législateur en interprétant la définition du mot «prohibée» utilisé à l'art. 84 du *Code criminel*. Les armes modifiées pouvaient être transformées en quelques minutes de façon à tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d'une pression sur la détente. C'est-à-dire qu'elles n'ont jamais vraiment perdu la caractéristique d'une arme automatique.

In *R. v. Ferguson* (1985), 20 C.C.C. (3d) 256, the Ontario Court of Appeal considered whether a sawed-off shotgun constituted a prohibited weapon. Although that required the court to interpret a different definition from the one under consideration in the case at bar, nevertheless, I think that the approach taken by the Court of Appeal in resolving the ambiguity in that case is apposite. There the weapon was not operable since it was missing its "firing unit", without which it could not discharge a bullet. However, Lacourcière J.A. stated (at p. 262):

Possession is a continuing offence. The evil that this section was designed to prevent and the purpose of the section was obviously to suppress the possession of devices, knives or firearms which constitute a particular danger to the public, for example, silencers, switch-knives or, in the present case, under s. 82(1)(d), a sawed-off rifle which can be easily concealed because of its reduced length. Because of the nature of the continuing offence of possession of a prohibited weapon under s. 88(1) and having regard to the purpose of the subsection, we are all satisfied that the acceptable amount of adaptation and the time-span required to render the gun operable is longer than that required for a s. 83 offence, where the adaptation has to be made on the scene in order to support the charge of using a firearm during the commission or attempted commission of an indictable offence or during the flight thereafter.

The expert evidence was that the firing mechanism was easily obtainable and could be inserted in 30 seconds to one minute. In view of that evidence we are satisfied that the inoperable gun in this case could be adapted for use as a firearm from which bullets capable of causing serious bodily injury or death could be discharged and that being a "firearm" it was a "prohibited weapon" as defined in s. 82(1)(d).

He observed that it would be contrary to the purpose of the legislation if, by removing a portion of the weapon, a person could render his or her weapon inoperable and thereby avoid conviction.

Thus it appears that in the majority of the decided cases the courts have properly considered the purpose of the legislation. That purpose is to protect the public from these dangerous weapons

Dans *R. c. Ferguson* (1985), 20 C.C.C. (3d) 256, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné si une carabine à canon tronqué constituait une arme prohibée. Bien que, pour ce faire, la cour devait interpréter une définition différente de celle qui est en cause ici, je crois néanmoins que la solution retenue par la Cour d'appel pour dissiper l'ambiguïté dans cette affaire est pertinente. L'arme n'était pas opérationnelle puisqu'il manquait le «percuteur», sans lequel elle ne pouvait pas tirer de balles. Cependant, le juge Lacourcière a dit (à la p. 262):

[TRADUCTION] La possession est une infraction continue. L'article avait manifestement pour but de supprimer la possession d'appareils, de couteaux ou d'armes à feu qui constituent un danger particulier pour le public, par exemple les silencieux, les couteaux à cran d'arrêt ou, dans le cas présent, en vertu de l'al. 82(1)d), une carabine à canon tronqué qui peut facilement être dissimulée en raison de sa longueur réduite. Vu la nature de l'infraction continue de possession d'une arme prohibée en vertu du par. 88(1) et compte tenu de l'objet du paragraphe, nous sommes tous convaincus que le degré acceptable d'adaptation et le temps requis pour rendre l'arme opérationnelle sont supérieurs à ce qui est requis dans le cas d'une infraction prévue à l'art. 83, où l'adaptation doit se faire sur le lieu même afin de venir étayer l'accusation d'utilisation d'une arme à feu durant la perpétration ou la tentative de perpétration d'un acte criminel ou durant la fuite qui s'ensuit.

Selon le témoignage de l'expert, le mécanisme du percuteur pouvait être obtenu facilement et être inséré dans un laps de temps allant de 30 secondes à une minute. En raison de ce témoignage, nous sommes convaincus que l'arme inopérante en l'espèce pouvait être adaptée de manière à être utilisée comme une arme à feu susceptible de tirer des balles, d'infliger des lésions corporelles graves ou la mort et que, du fait qu'elle était une «arme à feu», elle était une «arme prohibée» selon la définition prévue à l'al. 82(1)d).

Il a fait remarquer que ce serait contraire à l'objet de la loi si, en enlevant une partie de l'arme, une personne pouvait la rendre inopérante et ainsi éviter d'être reconnue coupable.

Il semble donc que, dans la majorité des affaires jugées, les tribunaux ont examiné adéquatement l'objet de la loi. Celui-ci est de protéger le public contre les armes dangereuses qui sont conçues spé-

that are designed specifically to kill or maim people. Where a weapon can be quickly and readily converted to automatic status, then that weapon must fall within the definition of "prohibited weapon". To come to any other conclusion would undermine the very purpose of the legislation.

IV—Disposition

In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of the Provincial Court judge.

Appeal allowed, LAMER C.J. and MAJOR J. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: Calvin Martin, Toronto.

cialement pour tuer ou mutiler des gens. Lorsqu'une arme peut être transformée rapidement et facilement en une arme automatique, elle doit être visée par la définition de «arme prohibée». En arriver à une autre conclusion ne ferait que miner l'objet même de la loi.

IV—Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir celle de la Cour provinciale.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et le juge MAJOR sont dissidents.

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

Procureur de l'intimé: Calvin Martin, Toronto.

J.J.M. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. M. (J.J.)

File No.: 22790.

Judgment rendered orally: 1993: February 5.

Reasons for judgment rendered: 1993: May 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Young offenders — Sentencing — Principles stated in Act including requirement that dispositions both protect society and be in best interests of offender — Act providing for annual review of sentence — Youth with prior record, uncompleted “community service” probation, a poor family situation and yet good school reports when removed from his siblings sentenced to two years’ open custody — Whether consideration might be given to annual review in crafting disposition — Whether sentence appropriate in the circumstances — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(1), (2), 20, 23(2)(f), 24(1), 24.1(1), 28(1), (3).

Appellant was convicted of three counts of break, enter and theft and one count of breach of probation. He had already acquired a significant record and was subject to a probation order requiring him to undertake community service. Very little of it had been completed at the time of appellant’s arrest because of appellant’s being uncooperative.

Appellant’s home life was depressing. His parents were prone to alcohol abuse and incidents of violence occurred, not only between the parents themselves but also by the parents against the children. On some of these occasions, appellant tried to stop the fighting. Eight of the nine children in the family had been, or were at the time of sentencing, subject to probation orders and three of the five younger children still living

J.J.M. Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. M. (J.J.)

^b N° du greffe: 22790.

Jugement rendu oralement: 1993: 5 février.

Motifs du jugement prononcés: 1993: 19 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^d *Droit criminel — Jeunes contrevenants — Détermination de la peine — Selon les principes énoncés dans la Loi, les décisions doivent viser la protection de la société et le meilleur intérêt du contrevenant — Examen annuel prévu dans la Loi — Condamnation à deux ans de garde en milieu ouvert d’un jeune ayant des antécédents, n’ayant pas respecté l’ordonnance de probation imposant des travaux au profit de la collectivité, ayant une situation familiale déplorable, mais ayant de bons résultats scolaires quand il est séparé de ses frères et sœurs — L’examen annuel peut-il être un facteur dans la décision? — La peine est-elle appropriée compte tenu des circonstances? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(1), (2), 20, 23(2)(f), 24(1), 24.1(1), 28(1), (3).*

^e L’appellant a été déclaré coupable relativement à trois chefs d’accusation d’introduction par effraction et de vol et à un chef d’accusation de violation des conditions de probation. Il avait auparavant accumulé un dossier volumineux et il était assujéti à une ordonnance de probation lui imposant d’effectuer des travaux au profit de la collectivité. Il n’avait pas collaboré avec les autorités et avait effectué très peu de travaux au moment de son arrestation.

^f La vie familiale de l’appellant est déprimante. Les parents sont enclins à boire, et on a rapporté des incidents violents non seulement entre eux, mais également envers les enfants. À certaines occasions, l’appellant a tenté de mettre fin aux bagarres. Au moment de la détermination de la peine pas moins de huit des neuf enfants avaient été ou étaient encore assujéti à une ordonnance de probation. Trois des cinq plus jeunes enfants habitant

at home were in custody at the Manitoba Youth Centre. Appellant was a good student but became rebellious when his siblings were released from custody and returned to school. On several occasions he and his siblings were placed in foster homes but were returned to their parents when they proved to be uncontrollable.

The trial judge took careful note of the prior record and the depressing family history and ordered appellant be placed in open custody for two years. The disposition was found on appeal to be fit and proper, although the dissent, concerned that it was an attempt to provide appellant with welfare assistance rather than assessing the appropriate sentence, would have reduced the period of open custody to one year. This appeal deals with the sentencing of young offenders.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Young Offenders Act* is part of a spectrum of legislation running from those statutes providing welfare care for children through to the strict sentencing provisions of the *Criminal Code*. Section 3 sets out a number of principles. This section is not merely a preamble but is to be given the force normally attributed to substantive provisions. The references in s. 3(1) to responsibility and to the protection of society suggest that a traditional criminal law approach should be taken into account in the sentencing of young offenders. Yet dispositions must be imposed on young offenders differently because the needs and requirements of the young are distinct from those of adults.

Section 24(1) requires judges to consider the protection of society, the seriousness of the offence and the needs and circumstances of the young person before imposing a custodial term. The judge can also decide, where custody is required, whether it should be open or closed. Open custody facilities have been defined and, although they will restrict the liberty of the young offender, they do not and should not resemble penitentiaries. These facilities must be dedicated to the long term welfare and reformation of the young offender.

Proportionality has greater significance in the sentencing of adults than the sentencing of young offenders. For the young, a proper disposition must take into account not only the seriousness of the crime but also all the other relevant factors.

encore à la maison étaient placés sous garde au Manitoba Youth Centre. L'appelant était un bon étudiant, mais s'est rebellé quand ses frères et sœurs ont été mis en liberté et réintégrés à l'école. À plusieurs occasions, lui et ses frères et sœurs avaient été placés dans des familles d'accueil, mais avaient été remis à leurs parents après s'être révélés trop indociles.

Le juge du procès a pris note des antécédents de l'appelant et de sa triste histoire familiale avant d'ordonner son placement sous garde en milieu ouvert pour une période de deux ans. En appel, la décision a été jugée juste et appropriée, bien que le juge dissident, qui aurait réduit la période de garde en milieu ouvert à un an, ait exprimé la crainte que la décision cherche à fournir une aide sociale à l'appelant plutôt qu'à fixer la juste peine. Le présent pourvoi porte sur la détermination de la peine des jeunes contrevenants.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* fait partie d'un éventail de dispositions législatives allant de l'aide sociale aux enfants jusqu'à l'application stricte du *Code criminel* en matière de détermination de la peine. L'article 3, qui énumère des principes applicables, n'est pas un simple préambule mais doit recevoir la force généralement attribuée aux dispositions de fond. Les mentions, au par. 3(1), de la responsabilité et de la protection de la société indiquent qu'il faut prendre en considération la perspective traditionnelle du droit criminel dans la détermination des peines pour les jeunes contrevenants. Pourtant il faut concevoir différemment les peines imposées aux jeunes contrevenants car leurs besoins et exigences sont distincts de ceux des adultes.

L'article 24(1) oblige le juge à considérer la protection de la société, la gravité de l'infraction et les besoins et la situation de l'adolescent, avant de déterminer la durée de la garde. Le juge peut aussi déterminer si, dans les cas où elle est nécessaire, la garde devrait être en milieu ouvert ou en milieu fermé. On a défini les établissements de garde en milieu ouvert et, bien qu'ils entravent la liberté du jeune contrevenant, ils ne ressemblent pas ni ne devraient ressembler à des pénitenciers. Ces établissements doivent être consacrés au bien-être et à la rééducation du jeune contrevenant.

Dans la détermination de la peine des adultes, la proportionnalité est plus importante que dans le cas des jeunes contrevenants. Pour les adolescents, une décision appropriée doit tenir compte non seulement de la gravité de l'infraction mais aussi des autres facteurs pertinents.

The home situation should always be taken into account because it is relevant in complying with the Act's requirement that an assessment must be made of the special needs and requirements for guidance of the young offender. The home situation, however, should not be made the predominant factor in sentencing.

The principle of general deterrence must be considered but has diminished importance in determining the appropriate disposition in the case of a youthful offender as opposed to that of an adult. Sections 3, 20 and 24 all indicate that general deterrence must be taken into account. Dispositions can have an effective deterrent effect. Since crimes committed by the young tend to be a group activity, the disposition imposed on an individual member of the group should be such that it will deter other members of the group. General deterrence should not be unduly emphasized.

The annual review procedure provided in s. 28 is an integral part of the disposition and is one factor—and not a major one—to be considered in determining the appropriate disposition. The annual review of disposition provides an incentive to young offenders to perform well and to improve their behaviour significantly as quickly as possible. As well, it gives the court an opportunity to assess the offenders again and to make certain that the appropriate treatment or assistance has been made available to them. It introduces an aspect of review and flexibility into the sentencing procedure, with the result that any marked improvement in the behaviour, outlook and performance of the offender can be rewarded and any deterioration assessed.

The disposition of two years in open custody was appropriate here in light of the offences committed and the needs and requirements of the young offender.

Cases Cited

Approved: *R. v. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376; *R. v. L.(S.)* (1990), 75 C.R. (3d) 94; **disapproved:** *R. v. G.K.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81; *R. v. C.W.W.* (1986), 25 C.C.C. (3d) 355; *R. v. R.C.S.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 239; *R. v. S. (H.S.)*, Nfld. C.A., June 2, 1990, unreported; **referred to:** *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *Re D.B. and the Queen* (1986), 27 C.C.C. (3d) 468; *Re L.H.F. and the Queen* (1985), 24 C.C.C. (3d) 152; *R. v. R.I.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 523.

La situation au foyer devrait toujours être prise en considération puisqu'elle est pertinente dans l'application de la Loi qui exige que soient évalués les besoins spéciaux du jeune contrevenant et les conseils à lui dispenser. La situation au foyer ne devrait toutefois pas être considérée comme le facteur primordial de la détermination de la peine.

Le principe de l'effet dissuasif doit être considéré mais, dans le cas du jeune contrevenant, a une importance moindre dans la détermination de la peine appropriée que dans le cas d'un adulte. Les articles 3, 20 et 24 indiquent que l'effet dissuasif doit être considéré. Les décisions peuvent avoir un effet dissuasif efficace. Comme les adolescents tendent à commettre des crimes en groupe, la peine imposée à l'un de ses membres devrait arriver à dissuader le reste du groupe. Toutefois, il ne faut pas insister indûment sur la dissuasion.

La procédure d'examen annuel prévue à l'art. 28 fait partie intégrante de la décision et constitue un facteur à considérer dans la décision, bien que ce ne soit pas un facteur primordial. L'examen annuel de la décision incite les jeunes contrevenants à bien se conduire et à améliorer grandement leur comportement aussi rapidement que possible. En outre, il offre au tribunal la possibilité d'évaluer à nouveau les contrevenants et de s'assurer qu'ils ont reçu le traitement ou l'assistance appropriés. En introduisant un aspect d'examen et de souplesse dans la procédure de détermination de la peine, il offre la possibilité de récompenser toute amélioration marquée dans le comportement, l'attitude et la conduite du contrevenant et d'évaluer toute dégradation.

La garde en milieu ouvert pour une période de deux ans était une peine appropriée étant donné les infractions commises et les besoins et exigences du jeune contrevenant.

Jurisprudence

Arrêts approuvés: *R. c. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376; *R. c. L.(S.)* (1990), 75 C.R. (3d) 94; **arrêts critiqués:** *R. c. G.K.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81; *R. c. C.W.W.* (1986), 25 C.C.C. (3d) 355; *R. c. R.C.S.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 239; *R. c. S. (H.S.)*, C.A.T.-N., 2 juin 1990, inédit; **arrêts mentionnés:** *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *Re D.B. and the Queen* (1986), 27 C.C.C. (3d) 468; *Re L.H.F. and the Queen* (1985), 24 C.C.C. (3d) 152; *R. c. R.I.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 523.

Statutes and Regulations Cited

Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3.
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 3(1), (2),
 20, 23(2)(f), 24(1) [am. R.S.C., 1985 (2nd Supp.),
 c. 24, s. 17], 24.1(1) [ad. *idem*], 28(1), (3).

Authors Cited

Beaulieu, Lucien A. "From 'Challenges and Choices' to
 'A Climate for Change'", in *Y.O.A. Dispositions:
 Challenges and Choices*, a report of the Conference
 on the *Young Offenders Act* in Ontario. Presented by
 the Ontario Social Development Council. Toronto:
 Ontario Social Development Council, 1988.
 Cusson, Maurice. *Why delinquency?* Translated by Dor-
 othy R. Crelinsten. Toronto: University of Toronto
 Press, 1983.
 Zimring, Franklin E. "Kids, Groups and Crime: Some
 Implications of a Well-known Secret" (1981), 72 *J.*
Crim. L. and Criminology 867.

APPEAL from a judgment of the Manitoba
 Court of Appeal (1991), 75 Man. R. (2d) 296,
 6 W.A.C. 296, dismissing an appeal from sentence
 imposed by Gyles Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Michael O. Walker, for the appellant.

Don Slough, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—Neither great constitutional questions
 nor vexing *Charter* problems are raised on this
 appeal. Yet since it deals with the sentencing of
 young offenders it is concerned with a subject of
 some importance that may affect the safety and
 future of our society.

Factual Background

On January 18, 1991 J.J.M. and another young
 offender broke into premises occupied by a local
 radio station. An expensive camera and six audio
 cassettes were stolen together with \$120 cash. On
 January 28, they broke into an office and stole
 some \$1,200 to \$1,700 from an office cabinet. On
 April 26, J.J.M. and his co-accused broke into

Lois et règlements cités

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1,
 art. 3(1), (2), 20, 23(2)f), 24(1) [mod. L.R.C. (1985)
 (2^e suppl.), ch. 24, art. 17], 24.1(1) [aj. *idem*], 28(1),
 (3).
Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3.

Doctrine citée

Beaulieu, Lucien A. «From 'Challenges and Choices' to
 'A Climate for Change'», in *Y.O.A. Dispositions:
 Challenges and Choices*, a report of the Conference
 on the *Young Offenders Act* in Ontario. Presented by
 the Ontario Social Development Council. Toronto:
 Ontario Social Development Council, 1988.
 Cusson, Maurice. *Délinquants pourquoi?* Ville LaSalle,
 Hurtubise HMH, 1981.
 Zimring, Franklin E. «Kids, Groups and Crime: Some
 Implications of a Well-known Secret» (1981), 72 *J.*
Crim. L. and Criminology 867.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du
 Manitoba (1991), 75 Man. R. (2d) 296, 6 W.A.C.
 296, qui a rejeté l'appel d'une peine imposée par le
 juge Gyles de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Michael O. Walker, pour l'appellant.

Don Slough, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu
 par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi ne soulève
 ni grandes questions constitutionnelles ni pro-
 blèmes délicats relatifs à la *Charte*. Cependant, il
 porte sur la détermination de la peine pour les
 jeunes contrevenants et concerne donc un sujet
 d'importance pouvant avoir des conséquences sur
 la sécurité et l'avenir de notre société.

Les faits

Le 18 janvier 1991, J.J.M. et un autre jeune con-
 trevenant se sont introduits par effraction dans une
 station locale de radiodiffusion. Ils y ont volé une
 caméra coûteuse, six audiocassettes et 120 \$ en
 argent. Le 28 janvier, il se sont introduits par
 effraction dans un bureau et y ont volé entre
 1 200 \$ et 1 700 \$ qui se trouvaient dans un clas-

premises, which they severely damaged, and stole a camera and \$324.

On June 17, 1991 J.J.M. was convicted of three counts of break, enter and theft and one count of breach of probation. Prior to that date he had already acquired a significant record. He had been found guilty of three counts of break, enter and theft between February and April 1990, and two separate counts of taking an automobile without consent in the months of January and February of that same year. He was, as well, subject to a probation order when the offences were committed in 1991. The probation order required him to undertake community service. However he had not cooperated with the authorities and had completed very little of it at the time of arrest.

J.J.M. is one of nine children. The family history is depressing. The parents appear to be prone to alcohol abuse. What is worse, there are reported incidents of violence not only between the parents themselves but also of violence by the parents directed against the children. On some of these occasions, J.J.M. attempted to stop the fighting. Of the nine children, no less than eight of them had been, or were at the time of sentencing, subject to probation orders. Indeed at the time J.J.M. was sentenced, one of his sisters was sentenced in connection with an unrelated offence. Of the five younger children, still living at home, three were in custody at the Manitoba Youth Centre.

His school principal observed that the appellant was a good student until his siblings were released from custody and returned to school. As soon as that happened, he became rebellious. On several occasions J.J.M. and his siblings had been apprehended by the Awasis Agency and placed in foster homes. However, they were returned to their parents when they proved to be uncontrollable.

seur. Le 26 avril, J.J.M. et son coaccusé se sont introduits par effraction dans des locaux, où ils ont causé des dégâts considérables et volé une caméra et 324 \$.

a

Le 17 juin 1991, J.J.M. a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation d'introduction par effraction et de vol et à un chef d'accusation de violation des conditions de probation. Il avait auparavant accumulé un dossier volumineux: il avait été reconnu coupable de trois chefs d'accusation d'introduction par effraction et de vol entre février et avril 1990 et de deux chefs d'accusation distincts de prise d'une automobile sans consentement, en janvier et février de la même année. De plus, il était assujéti à une ordonnance de probation quand il a commis les infractions en 1991. Cette ordonnance lui imposait d'effectuer des travaux au profit de la collectivité. Toutefois, il n'avait pas collaboré avec les autorités et avait effectué très peu de travaux au moment de son arrestation.

e

J.J.M. est issu d'une famille de neuf enfants, dont l'histoire est déprimante. Les parents paraissent enclins à boire. Pis encore, on a rapporté des incidents violents non seulement entre eux, mais également envers les enfants. À certaines occasions, J.J.M. a tenté de mettre fin aux bagarres. Au moment de la détermination de la peine pas moins de huit des neuf enfants avaient été ou étaient encore assujéttis à une ordonnance de probation. En fait, au moment où J.J.M. a reçu sa sentence, l'une de ses sœurs venait de recevoir la sienne pour une infraction non reliée. Trois des cinq plus jeunes enfants habitant encore à la maison étaient placés sous garde au Manitoba Youth Centre.

h

Le directeur de l'école de l'appellant a fait observer que ce dernier était bon étudiant jusqu'à ce que ses frères et sœurs soient mis en liberté et réintégré à l'école. Après cela, il s'est rebellé. À plusieurs occasions, J.J.M. et ses frères et sœurs avaient été appréhendés par l'agence Awasis et placés dans des familles d'accueil. Toutefois, ils ont été remis à leurs parents après s'être révélés trop indociles.

i

j

Courts Below

At the trial, Gyles Prov. Ct. J. took careful note of the prior record and the depressing family history and ordered the appellant be placed in open custody for two years.

In the Court of Appeal (1991), 75 Man. R. (2d) 296, Huband J.A., with Lyon J.A. concurring, found the disposition to be a fit and proper one. He found that it was appropriate for the trial judge to take into account the mandatory judicial review of the sentence after a year. Helper J.A. in dissent would have reduced the period of open custody to one year. She expressed the concern that in reality the disposition attempted to provide welfare assistance for the appellant rather than assessing the appropriate sentence.

Analysis*General Approach to Young Offenders Dispositions*

The approach the court should take when sentencing young offenders, is to be ascertained from s. 3 of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1. That section is entitled "Declaration of Principle" and sets out a declaration of principle in subs. (1).

A quick reading of that section indicates that there is a marked ambivalence in its approach to the sentencing of young offenders. Yet that ambivalence should not be surprising when it is remembered that the Act reflects a courageous attempt to balance concepts and interests that are frequently conflicting.

Society must be concerned with the illegal acts of young people. The wanton destruction of the contents of a home by young offenders is just as keenly felt by the victims as would be a ransacking by adult burglars. "Swarmings" by young gangs, where the victims are surrounded and their clothing or money torn from them, are a serious cause for concern since they can be the forerunner of

Juridictions inférieures

Au procès, le juge Gyles de la Cour provinciale a pris bonne note des antécédents de l'appelant et de sa triste histoire familiale avant d'ordonner son placement sous garde en milieu ouvert pour une période de deux ans.

Le juge Huband de la Cour d'appel (1991), 75 Man. R. (2d) 296, avec l'appui du juge Lyon, a conclu que la décision était juste et appropriée. Selon lui, le juge du procès avait tenu compte, à juste titre, de l'examen obligatoire de la décision après une année. Le juge Helper, dissidente, aurait réduit la période de garde en milieu ouvert à un an. Elle a exprimé la crainte que la décision cherche en réalité à fournir une aide sociale à l'appelant plutôt qu'à fixer la juste peine.

Analyse*La démarche relative aux décisions touchant les jeunes contrevenants*

La démarche que la cour devrait adopter pour imposer une peine aux jeunes contrevenants doit être établie à partir de l'art. 3 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1. Cet article, intitulé «Déclaration de principes», énumère les principes applicables.

Une lecture rapide de l'article révèle une ambivalence marquée dans sa façon d'aborder la détermination des peines à imposer aux jeunes contrevenants. Toutefois, cette ambivalence ne devrait guère surprendre puisque la Loi reflète une tentative valeureuse d'établir l'équilibre entre des concepts et des intérêts souvent opposés.

La société doit se préoccuper de la conduite criminelle chez les adolescents. Les victimes ressentent tout aussi vivement les actes de vandalisme commis dans leur maison par de jeunes contrevenants que le pillage par des voleurs adultes. Les attaques en essaims (*swarmings*) par des bandes d'adolescents, consistant à entourer les victimes et à leur arracher vêtements ou argent, sont un sujet

even more violent mob action by the same offenders as adults.

Yet there must be some flexibility in the dispositions imposed on young offenders. It is not unreasonable to expect that in many cases carefully crafted dispositions will result in the reform and rehabilitation of the young person. That must be the ultimate aim of all dispositions. They may often achieve this goal if the disposition is carefully tailored to meet both the need to protect society and to reform the offender. Let us consider once again the provisions of s. 3(1). It provides:

3. (1) It is hereby recognized and declared that

(a) while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults, young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions;

(b) society must, although it has the responsibility to take reasonable measures to prevent criminal conduct by young persons, be afforded the necessary protection from illegal behaviour;

(c) young persons who commit offences require supervision, discipline and control, but, because of their state of dependency and level of development and maturity, they also have special needs and require guidance and assistance;

(d) where it is not inconsistent with the protection of society, taking no measures or taking measures other than judicial proceedings under this Act should be considered for dealing with young persons who have committed offences;

(e) young persons have rights and freedoms in their own right, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or in the *Canadian Bill of Rights*, and in particular a right to be heard in the course of, and to participate in, the processes that lead to decisions that affect them, and young persons should have special guarantees of their rights and freedoms;

(f) in the application of this Act, the rights and freedoms of young persons include a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the pro-

de préoccupation sérieux puisqu'elles peuvent être le signe avant-coureur d'une action collective encore plus violente par les mêmes contrevenants devenus adultes.

Toutefois, il faut un certain degré de souplesse dans les décisions touchant les jeunes contrevenants. Il n'est pas déraisonnable de croire que des décisions soigneusement élaborées permettront fréquemment de rééduquer et de réadapter l'adolescent. Tel doit être l'objectif ultime de toutes les décisions. Il est généralement possible de l'atteindre par des décisions soigneusement adaptées à la fois à la double nécessité de protéger la société et de rééduquer le contrevenant. Voici les dispositions du par. 3(1):

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

a) les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits;

b) la société, bien qu'elle doive prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour prévenir la conduite criminelle chez les adolescents, doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite;

c) la situation des jeunes contrevenants requiert surveillance, discipline et encadrement; toutefois, l'état de dépendance où ils se trouvent, leur degré de développement et de maturité leur créent des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance;

d) il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager, s'il est décidé d'agir, la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, compte tenu de la protection de la société;

e) les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ou dans la *Déclaration canadienne des droits*, et notamment le droit de se faire entendre au cours du processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés étant assortis de garanties spéciales;

f) dans le cadre de la présente loi, le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société,

tection of society, having regard to the needs of young persons and the interests of their families;

(g) young persons have the right, in every instance where they have rights or freedoms that may be affected by this Act, to be informed as to what those rights and freedoms are; and

(h) parents have responsibility for the care and supervision of their children, and, for that reason, young persons should be removed from parental supervision either partly or entirely only when measures that provide for continuing parental supervision are inappropriate.

(2) This Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

This Court has recognized the importance of this statement of principle. In *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, L'Heureux-Dubé J. writing for the Court noted that the section should not be considered as merely a preamble. Rather it should be given the force normally attributed to substantive provisions.

Section 3(1) attempts to balance the need to make the young offenders responsible for their crimes while recognizing their vulnerability and special needs. It seeks to chart a course that avoids both the harshness of a pure criminal law approach applied to minors and the paternalistic welfare approach that was emphasized in the old *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3. Society must be protected from the violent and criminal acts committed by the young just as much as from those committed by adults. The references to responsibility contained in s. 3(1)(a) and to the protection of society in paras. (b), (d) and (f) suggest that a traditional criminal law approach should be taken into account in the sentencing of young offenders. Yet we must approach dispositions imposed on young offenders differently because the needs and requirements of the young are distinct from those of adults.

For instance, the declaration in s. 3(1)(a) and (c) notes that young offenders cannot be held account-

compte tenu des besoins des adolescents et des intérêts de leur famille;

g) les adolescents ont le droit, chaque fois que la présente loi est susceptible de porter atteinte à certains de leurs droits et libertés, d'être informés du contenu de ces droits et libertés;

h) les père et mère assument l'entretien et la surveillance de leurs enfants; en conséquence les adolescents ne sauraient être entièrement ou partiellement soustraits à l'autorité parentale que dans les seuls cas où les mesures comportant le maintien de cette autorité sont contre-indiquées.

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

Notre Cour a reconnu l'importance de cette déclaration de principes. Dans *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, le juge L'Heureux-Dubé au nom de la Cour, a souligné que l'article ne devrait pas être considéré comme un simple préambule. Au contraire, il devrait recevoir la force généralement attribuée aux dispositions de fond.

Le paragraphe 3(1) recherche un équilibre entre la nécessité de faire assumer aux jeunes contrevenants la responsabilité de leurs délits et de reconnaître leur vulnérabilité et leurs besoins spéciaux. Il cherche à tracer une voie qui évite à la fois la sévérité d'une perspective purement pénale appliquée aux mineurs et le paternalisme de la perspective fondée sur l'idée d'assistance dans l'ancienne *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3. La société doit être protégée contre les actes violents et criminels des adolescents tout autant que contre ceux des adultes. Les mentions, à l'al. 3(1)a), de la responsabilité et, aux al. b), d) et f), de la protection de la société semblent indiquer la nécessité de prendre en considération la perspective traditionnelle du droit criminel dans la détermination des peines pour les jeunes contrevenants. Pourtant nous devons concevoir différemment les peines imposées aux jeunes contrevenants car leurs besoins et exigences sont distincts de ceux des adultes.

Par exemple, aux al. 3(1)a) et c), la déclaration dit que les jeunes contrevenants ne sauraient être

able in the same way as adult criminals because of their dependency on others and their obvious lack of maturity. There are other elements in the declaration which suggest that there should be a departure from the strict criminal justice model in imposing penalties on young offenders. Section 3(1)(d) for example, suggests that in some circumstances, no judicial measure should be taken against the child. Paragraph (f) confirms the offender's right to the least possible interference with his or her liberty. As well, s. 3(1)(h) establishes that young people coming within the provisions of the Act are, wherever possible, to remain under parental supervision. Further, while the wardship provisions that were set out in the *Juvenile Delinquents Act* have been abolished, it is significant that s. 23(2)(f) of the *Young Offenders Act* provides for probation orders which will contain residence requirements. These probation orders may be used by correctional authorities to place children with provincial welfare agencies.

Thus the Act does specifically recognize that young offenders have special needs and require careful guidance. Each disposition should strive to recognize and balance the interests of society and young offenders. The very fact that these are young offenders indicates that they may become long term adult offenders unless they can be reformed to become useful and productive members of society. Thus the disposition imposed on a young offender must seek to have a beneficial and significant effect on both the offender and the community.

Senior Judge Beaulieu (as he then was), in "From 'Challenges and Choices' to 'A Climate for Change'", *Y.O.A. Dispositions: Challenges and Choices* (1988), aptly described the Act's approach to sentencing at p. 4:

The *Y.O.A.* does not do away with looking at *who* the offender is; it specifically directs the judge to do so, but

assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité en raison de l'état de dépendance où ils se trouvent et de leur degré de maturité. D'autres éléments de la déclaration indiquent qu'il faudrait écarter le modèle de stricte justice criminelle lorsqu'on impose des peines aux jeunes contrevenants. Ainsi, l'al. 3(1)d paraît indiquer que, dans certaines circonstances, aucune procédure judiciaire ne devrait être prise contre le jeune contrevenant. L'alinéa f) confirme que le droit du contrevenant à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves. Par ailleurs, l'al. 3(1)h établit que les adolescents auxquels s'appliquent les dispositions de la Loi sont, dans la mesure du possible, maintenus sous l'autorité parentale. En outre, si les dispositions dans la *Loi sur les jeunes délinquants* relatives à la tutelle ont été abrogées, il est révélateur que l'al. 23(2)f de la *Loi sur les jeunes contrevenants* prévoit la possibilité d'assortir d'une exigence de résidence les ordonnances de probation. Les autorités correctionnelles peuvent recourir à ces ordonnances pour placer les enfants au sein d'organismes provinciaux d'aide sociale.

Ainsi, la Loi reconnaît expressément que les jeunes contrevenants ont des besoins spéciaux et exigent conseils et assistance. Chaque décision devrait tenter de reconnaître et d'équilibrer les intérêts de la société et ceux des jeunes contrevenants. Le fait même qu'ils soient des jeunes contrevenants signifie qu'ils peuvent devenir des contrevenants adultes à long terme, à moins que, grâce à leur rééducation, ils deviennent des membres productifs de la société. Par conséquent, la peine imposée à un jeune contrevenant doit tendre à avoir un effet bénéfique et important à la fois pour le contrevenant et pour la collectivité.

Dans «From «Challenges and Choices» to «A Climate for Change»», *Y.O.A. Dispositions: Challenges and Choices* (1988), le juge Beaulieu (tel était alors son titre) a décrit avec justesse la façon dont la Loi aborde la détermination de la peine, à la p. 4:

[TRADUCTION] Loin d'abandonner l'idée, la LJC ordonne expressément au juge de considérer *qui* est le

the youth's needs must be seen in the context of his accountability and the protection of society.

The *Y.O.A.* too, contains some "blend" of criminal law and protection philosophies. However, here the scales are weighted, at least at the pre-adjudicative and adjudicative stage, toward the criminal law process. The paternalistic character of the *J.D.A.* is replaced by the concept of accountability of the individual, coupled with the need to ensure that individual rights are protected by proper procedure.

The *Y.O.A.* attempts to balance the protection of society and the young offender's needs. It attempts to balance the due process and treatment approaches. [Italics in original.]

I agree with the academic writers who have observed that the Act should be seen as part of a spectrum of legislation that runs from those statutes that provide welfare care for children at one end to the strict sentencing provisions of the *Criminal Code*.

Factors To Be Considered When Imposing Custodial Sentences

Section 24(1) of the Act requires judges to consider three elements before imposing a custodial term:

- (1) the protection of society;
- (2) the seriousness of the offence;
- (3) the needs and circumstances of the young person.

The Act empowers the judge, in those situations where it is decided that custody is required, to determine whether it should be open or closed. Section 24.1(1) defines "open custody" as "a community residential centre, group home, child care institution, or forest or wilderness camp" or other similar facilities. Certainly, places which come within the definition of "open custody" will restrict the liberty of the young offender. Yet those

contrevenant. Toutefois, les besoins de l'adolescent doivent être examinés dans le contexte de sa responsabilité et de la protection de la société.

En outre, la LJC renferme un «mélange» de philosophies de droit criminel et de protection. Toutefois, du moins à l'étape prédécisionnelle et à l'étape décisionnelle, on donne préférence au processus de droit criminel. Le caractère paternaliste de la LJD est remplacé par le concept de responsabilisation de la personne, joint à la nécessité de faire en sorte que les droits individuels soient protégés par une procédure appropriée.

La LJC recherche l'équilibre entre la protection de la société et les besoins du jeune contrevenant, et entre l'application régulière de la loi et le traitement. [En italique dans l'original.]

Je partage l'avis des universitaires qui ont souligné que la Loi devrait être considérée comme partie d'un éventail de dispositions législatives allant de l'aide sociale aux enfants jusqu'à l'application stricte du *Code criminel* en matière de détermination de la peine.

Le placement sous garde: facteurs à considérer

Aux termes du paragraphe 24(1) de la Loi, le juge doit peser trois éléments pour déterminer la durée de la garde:

- (1) la protection de la société;
- (2) la gravité de l'infraction;
- (3) les besoins et la situation de l'adolescent.

La Loi habilite le juge à déterminer si, dans les cas où il estime qu'elle est nécessaire, la garde devrait être en milieu ouvert ou en milieu fermé. Aux termes du par. 24.1(1), sont désignés «garde en milieu ouvert» «les centres résidentiels locaux, les foyers collectifs, les établissements d'aide à l'enfance, les camps forestiers ou les camps de pleine nature» et les établissements qui en constituent des sous-catégories. Manifestement, les lieux

facilities are not simply to be jails for young people. Rather they are facilities dedicated to the long term welfare and reformation of the young offender. Open custody facilities do not and should not resemble penitentiaries. Indeed the courts have very properly resisted attempts to define as open those facilities which provide nothing but secure confinement. See for example *Re D.B. and the Queen* (1986), 27 C.C.C. (3d) 468 (N.S.S.C.T.D.), and *Re L.H.F. and the Queen* (1985), 24 C.C.C. (3d) 152 (P.E.I.S.C.).

The *Young Offenders Act* thus provides the sentencing judge with a wide latitude as to how the disposition is to be served so as to better deal with the difficult and complex problems presented by young offenders.

With that background, it may now be appropriate to consider the specific objections that were raised by the appellant to the custodial disposition imposed on J.J.M.

Child Welfare Concerns and the Proportionality Principle

The appellant contended that the trial judge erred in imposing a lengthy disposition that could only be justified as proportional on welfare grounds. It was his submission that the dreadful conditions existing in the appellant's home should not have been a factor in assessing the length of the term of open custody. It was said that this disposition was a throw back to a type of sentence which would have been imposed under the paternalistic scheme of the *Juvenile Delinquents Act*. The appellant argued that pursuant to the provisions of the *Young Offenders Act* the disposition had to be proportional to the offence committed.

It is true that for both adults and minors the sentence must be proportional to the offence committed. But in the sentencing of adult offenders, the principle of proportionality will have a greater significance than it will in the disposition of young

que regroupent la définition de «garde en milieu ouvert» entravent la liberté du jeune contrevenant. Cependant, ces établissements ne sont pas simplement des prisons pour adolescents. Il s'agit plutôt d'établissements consacrés au bien-être et à la rééducation à long terme du jeune contrevenant. Les établissements de garde en milieu ouvert ne ressemblent pas ni ne devraient ressembler à des pénitenciers. En fait, les tribunaux ont à juste titre résisté aux tentatives faites pour désigner milieu ouvert des établissements qui n'offrent qu'une détention sûre. Voir par exemple *Re D.B. and the Queen* (1986), 27 C.C.C. (3d) 468 (S.P.I.C.S. N.-É.), et *Re L.H.F. and the Queen* (1985), 24 C.C.C. (3d) 152 (C.S.Î.-P.-É.).

La *Loi sur les jeunes contrevenants* offre donc au juge qui détermine la peine une grande latitude quant à la façon dont la peine doit être purgée, pour mieux résoudre les problèmes difficiles et complexes que présentent les jeunes contrevenants.

Dans ce contexte, il convient peut-être maintenant d'examiner les objections formulées par l'appellant contre la peine qui lui a été imposée.

L'aide sociale à l'enfant et le principe de la proportionnalité

L'appellant soutient que le juge du procès a fait erreur en imposant une longue peine qui ne pouvait se justifier quant à la proportionnalité que par des considérations d'aide sociale. Il soutient que la situation déplorable de son foyer n'aurait pas dû peser dans la détermination de la durée de la période de garde en milieu ouvert. Cette décision, affirme-t-on, est un retour à une forme de peine qui aurait été imposée dans le cadre du régime paternaliste de la *Loi sur les jeunes délinquants*. L'appellant soutient que les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* exigent que la peine soit proportionnelle à l'infraction commise.

Il est vrai que, pour les adultes comme pour les mineurs, la peine doit être proportionnelle à l'infraction commise. Mais, dans la détermination de la peine de contrevenants adultes, le principe de proportionnalité est plus important qu'il ne l'est

offenders. For the young, a proper disposition must take into account not only the seriousness of the crime but also all the other relevant factors.

For example, two years of closed custody could never be imposed on a young offender with no prior record who had stolen a pair of gloves, no matter how intolerable or how unsavoury the conditions were in the offender's home. Nonetheless the home situation is a factor that should always be taken into account in fashioning the appropriate disposition. It is relevant in complying with the Act's requirement that an assessment must be made of the special needs and requirements for guidance of the young offender. Intolerable conditions in the home indicate both a special need for care and the absence of any guidance within the home.

The situation in the home of a young offender should neither be ignored nor made the predominant factor in sentencing. Nonetheless, it is a factor that can properly be taken into account in fashioning the disposition.

This was very ably expressed by Thorson J.A. in *R. v. R.I.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 523 (Ont. C.A.). At pp. 530-31 he wrote:

... I would sound a note of caution. It does not follow, in my opinion, that the relativity principle referred to by counsel must now be applied to young offenders in exactly the same way as it is to adult offenders. The close correlation which is generally looked to as appropriate in the case of an adult offender, between the seriousness of the offence and the length of the sentence imposed for it, may or may not be equally as appropriate in the case of a young offender, where the task of arriving at the "right" disposition may be a considerably more difficult and complex one, given the special needs of young persons and the kind of guidance and assistance they may require. Any uncritical application of the principle to young offenders could thus run counter to the larger objectives of the new legislation. On the other hand, as a factor to be taken into account in the disposi-

dans le cas des jeunes contrevenants. Pour les adolescents, une décision appropriée doit tenir compte non seulement de la gravité de l'infraction mais aussi des autres facteurs pertinents.

Ainsi, on ne pourrait jamais imposer deux années de garde en milieu fermé à un jeune contrevenant sans antécédents qui aurait volé une paire de gants, quelque intolérables ou répugnantes que soient les conditions dans son foyer. Néanmoins, la situation au foyer est un facteur qui devrait toujours être pris en considération pour parvenir à la décision appropriée. Ce facteur est pertinent dans l'application de la Loi qui exige que soient évalués les besoins spéciaux du jeune contrevenant et les conseils à lui dispenser. Des conditions intolérables au foyer indiquent à la fois un besoin spécial d'assistance et l'absence de tout conseil dans ce milieu.

La situation au foyer d'un jeune contrevenant ne devrait être ni négligée ni considérée comme le facteur primordial de la détermination de la peine. Toutefois, on peut en tenir compte à bon droit dans l'élaboration de la décision.

Le juge Thorson de la Cour d'appel l'a très habilement expliqué dans *R. c. R.I.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 523 (C.A. Ont.), notamment aux pp. 530 et 531:

[TRADUCTION] ... je ferais une mise en garde. Il ne s'ensuit pas, à mon avis, que le principe de la relativité invoqué par l'avocat doit maintenant être appliqué aux jeunes contrevenants de la même façon qu'il l'est aux contrevenants adultes. La corrélation étroite, généralement considérée appropriée dans le cas d'un contrevenant adulte, entre la gravité de l'infraction et la durée de la peine imposée, peut être ou ne pas être tout aussi appropriée dans le cas d'un jeune contrevenant où la formulation d'une décision «juste» peut être beaucoup plus difficile et complexe, étant donné les besoins spéciaux des adolescents et la nature des conseils et de l'assistance qu'ils exigent. L'application sans discernement de ce principe aux jeunes contrevenants pourrait donc aller à l'encontre des objectifs plus généraux de la nouvelle loi. Par ailleurs, comme il s'agit d'un facteur à

tion process, the principle is one which the new legislation must be taken to implicitly recognize.

Moreover, the reasoning which has led our courts to favour, wherever possible, a short first custodial sentence for a youthful adult offender may lose some of its force when sought to be applied to someone of lesser maturity, as, for example, where a young offender's committal to custody reflects an adjudged need to remove him from an unhappy or hostile home environment. [Emphasis added.]

The aim must be both to protect society and at the same time to provide the young offender with the necessary guidance and assistance that he or she may not be getting at home. Those goals are not necessarily mutually exclusive. In the long run, society is best protected by the reformation and rehabilitation of a young offender. In turn, the young offenders are best served when they are provided with the necessary guidance and assistance to enable them to learn the skills required to become fully integrated, useful members of society.

General Deterrence

The appellant submitted that it was improper for the Court of Appeal to take into account the need for general deterrence when it assessed the dispositions. Reliance was placed on the decisions of the Courts of Appeal in both Alberta and New Brunswick. In *R. v. G.K.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81 (Alta. C.A.), it was held that general deterrence did not have any place in the sentencing of young offenders. This view was adopted by a special five member panel of the Alberta Court of Appeal in *R. v. C.W.W.* (1986), 25 C.C.C. (3d) 355. The same position was adopted by the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. R.C.S.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 239.

This approach was specifically disapproved by the Courts of Appeal of Ontario and Quebec. See *R. v. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376 (Ont. C.A.), and *R. v. L.(S.)* (1990), 75 C.R. (3d) 94 (Que. C.A.).

considérer dans le processus décisionnel, il faut tenir pour acquis que la nouvelle loi reconnaît implicitement ce principe.

En outre, le raisonnement qui a mené nos tribunaux à préférer, dans la mesure du possible, une première ordonnance de garde brève pour le jeune contrevenant adulte risque d'être un peu amoindri lorsqu'il s'agit de l'appliquer à une personne moins mûre comme, par exemple, lorsque le placement en garde d'un jeune contrevenant reflète un besoin reconnu de le retirer d'un environnement familial malheureux ou hostile. [Je souligne.]

L'objectif consiste à protéger la société tout en offrant au jeune contrevenant les conseils et l'assistance nécessaires dont il ou elle ne bénéficie peut-être pas à la maison. Ces fins ne sont pas nécessairement inconciliables. À long terme, la société est mieux protégée par la rééducation et la réadaptation d'un jeune contrevenant. Pour leur part, les jeunes contrevenants sont mieux servis quand ils reçoivent les conseils et l'assistance nécessaires pour acquérir les aptitudes dont ils ont besoin pour devenir des membres pleinement intégrés et utiles à la société.

L'effet dissuasif

L'appelant a soutenu que la Cour d'appel n'aurait pas dû tenir compte d'un besoin de dissuasion générale lorsqu'elle a évalué les peines. Il a invoqué des décisions de la Cour d'appel de l'Alberta et du Nouveau-Brunswick. L'arrêt *R. c. G.K.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81 (C.A. Alb.), statue que l'effet dissuasif ne doit pas être pris en compte dans la détermination des peines imposées aux jeunes contrevenants. Une formation spéciale de cinq membres de la Cour d'appel de l'Alberta adopté cette opinion dans *R. c. C.W.W.* (1986), 25 C.C.C. (3d) 355. La même position a été adoptée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *R. c. R.C.S.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 239.

La Cour d'appel de l'Ontario et celle du Québec ont expressément désapprouvé cette position. Voir *R. c. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376 (C.A. Ont.), et *R. c. L.(S.)* (1990), 75 C.R. (3d) 94 (C.A. Qué.).

In *R. v. O.*, *supra*, Brooke J.A. writing for the Ontario Court of Appeal expressed the opinion that although the principle of general deterrence must be considered, it had diminished importance in determining the appropriate disposition in the case of a youthful offender. This, I believe, is the correct approach. This is apparent from a consideration of some of the provisions of the *Young Offenders Act*. Section 3 in emphasizing the need for the protection of society, s. 20 by its observation that dispositions should have regard to the best interest of the young person and the public, and s. 24 which provides for a disposition imposing custody if it is in the best interest of the young person and for the protection of the society, all indicate that general deterrence must be taken into count.

There is reason to believe that *Young Offenders Act* dispositions can have an effective deterrent effect. The crimes committed by the young tend to be a group activity. The group lends support and assistance to the prime offenders. The criminological literature is clear that about 80 percent of juvenile delinquency is a group activity, whether as part of an organized gang or with an informal group of accomplices. See Maurice Cusson in *Why delinquency?* (1983), at pp. 138-39, and Franklin E. Zimring "Kids, Groups and Crime" (1981), 72 *J. Crim. L. and Criminology* 867. If the activity of the group is criminal then the disposition imposed on an individual member of the group should be such that it will deter other members of the group. For example the sentence imposed on one member of a "swarming group" should serve to deter others in the gang.

Having said that, I would underline that general deterrence should not, through undue emphasis, have the same importance in fashioning the disposition for a youthful offender as it would in the case of an adult. One youthful offender should not be obliged to accept the responsibility for all the young offenders of his or her generation.

The Availability of a Yearly Review

The appellant argued that the Court of Appeal was in error when it assessed the disposition in

Dans *R. c. O.*, précité, le juge Brooke, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a exprimé l'avis que, si le principe de l'effet dissuasif doit être considéré, il revêt une moindre importance dans la détermination de la peine appropriée dans le cas du jeune contrevenant. À mon avis, cela est exact. C'est ce qui ressort de l'examen de certaines dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*: l'art. 3 met l'accent sur le besoin de protéger la société; l'art. 20 porte que les peines doivent tenir compte de l'intérêt de l'adolescent et du public; et l'art. 24 offre la possibilité d'imposer la garde dans l'intérêt de l'adolescent et pour la protection de la société; tous ces articles indiquent que l'effet dissuasif doit être considéré.

Il est permis de croire que les décisions prises en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* peuvent avoir un effet dissuasif efficace. Les adolescents tendent à commettre des crimes en groupe. Le groupe apporte soutien et assistance aux contrevenants principaux. Les ouvrages de criminologie révèlent qu'environ 80 pour 100 de la délinquance juvénile est une activité collective, soit d'une bande organisée soit d'un groupe informel de complices. Voir Maurice Cusson, dans *Délinquants pourquoi?* (1981), aux pp. 214 à 216, et Franklin E. Zimring «Kids, Groups and Crime» (1981), 72 *J. Crim. L. and Criminology* 867. Si l'activité du groupe est criminelle, la peine imposée à l'un de ses membres devrait arriver à dissuader le reste du groupe. Par exemple, dans le cas d'une attaque en essaim (*swarming*), la peine imposée à un membre de la bande devrait servir à dissuader les autres.

Cela étant, je souligne qu'il faut se garder d'attacher à la dissuasion, en insistant indûment sur cet aspect, la même importance, dans l'élaboration d'une décision, pour un contrevenant adolescent que pour un adulte. Un jeune contrevenant ne devrait pas être tenu d'assumer la responsabilité pour tous les jeunes contrevenants de sa génération.

La possibilité d'effectuer un examen annuel

L'appelant soutient que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a examiné la décision

light of the mandatory review provided for by s. 28(1) of the *Young Offenders Act*.

Section 28(1) and (3) provide:

28. (1) Where a young person is committed to custody pursuant to a disposition made in respect of an offence for a period exceeding one year, the provincial director of the province in which the young person is held in custody shall cause the young person to be brought before the youth court forthwith at the end of one year from the date of the most recent disposition made in respect of the offence, and the youth court shall review the disposition.

(3) Where a young person is committed to custody pursuant to a disposition made in respect of an offence, the provincial director may, on his own initiative, and shall, on the request of the young person, his parent or the Attorney General or his agent, on any of the grounds set out in subsection (4), cause the young person to be brought before the youth court at any time after six months from the date of the most recent disposition made in respect of the offence or, with leave of a youth court judge, at any earlier time, and, where the youth court is satisfied that there are grounds for the review under subsection (4), the court shall review the disposition.

The section is obviously salutary. It provides an incentive to young offenders to perform well and to improve their behaviour significantly as quickly as possible. As well, it gives an opportunity to the court to assess the offenders again and to make certain that the appropriate treatment or assistance has been made available to them. It introduces an aspect of review and flexibility into the sentencing procedure, with the result that any marked improvement in the behaviour, outlook and performance of the offender can be rewarded and any deterioration assessed. The Act provides a system that it is akin to, yet broader than, the probation review provided for adult offenders.

The appellant sought to rely upon *R. v. S. (H.S.)*, Nfld. C.A., June 2, 1990, unreported. In that case the trial judge had imposed a sentence based, in part, on the fact that it would be reviewed before it

dans le contexte de l'examen obligatoire prévu au par. 28(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Les paragraphes 28(1) et (3) portent que:

28. (1) Lorsque l'adolescent est, à l'occasion d'une infraction, placé sous garde en vertu d'une décision pour une période de plus d'un an, le directeur de la province où l'adolescent est sous garde doit, aux fins d'examen de la décision, faire amener l'adolescent devant le tribunal pour adolescents dès l'expiration d'un délai d'un an à compter de la dernière décision relative à l'infraction.

(3) Lorsqu'un adolescent est, à l'occasion d'une infraction, placé sous garde en vertu d'une décision, le directeur provincial peut, de sa propre initiative, et doit, sur demande fondée sur l'un des motifs visés au paragraphe (4) et présentée par l'adolescent, le père ou la mère de celui-ci, le procureur général ou le représentant de celui-ci, faire amener l'adolescent, aux fins d'examen de la décision, devant le tribunal pour adolescents soit à n'importe quel moment à compter de l'expiration d'un délai de six mois depuis la date de la dernière décision relative à l'infraction, soit antérieurement avec la permission d'un juge du tribunal pour adolescents. Le tribunal, s'il constate l'existence de l'un des motifs visés au paragraphe (4), procède à l'examen de la décision.

L'article est certainement salutaire. Il incite les jeunes contrevenants à bien se conduire et à améliorer grandement leur comportement aussi rapidement que possible. En outre, il offre au tribunal la possibilité d'évaluer à nouveau les contrevenants et de s'assurer qu'ils ont reçu le traitement ou l'assistance appropriés. En introduisant un aspect d'examen et de souplesse dans la procédure de détermination de la peine, il offre la possibilité de récompenser toute amélioration marquée dans le comportement, l'attitude et la conduite du contrevenant et d'évaluer toute dégradation. La Loi prévoit donc un régime semblable, bien que plus général, à l'examen du cas d'un délinquant adulte en probation.

L'appelant a invoqué l'arrêt *R. c. S. (H.S.)* (C.A.T.-N.), le 2 juin 1990, inédit. Dans cette affaire, le juge du procès avait imposé une peine fondée en partie sur le fait qu'elle serait examinée

had expired. The Court of Appeal disagreed and expressed the view that a disposition must be made on the basis of the facts and law as they existed at the time it was made. They held that the review of a disposition for a young offender could not be considered when a sentence is imposed any more than could be the possibility of parole for an adult. I cannot accept that position.

The *Young Offenders Act* provides for a mandatory system of review. In the case of adult offenders, the court controls neither the parole nor remission provisions. In the *Young Offenders Act* the review procedure is an integral part of the disposition. It is therefore appropriate to take it into account as a factor, albeit not a major one, in assessing the appropriateness of a disposition.

Assessment of the Disposition in This Case

The disposition of two years in open custody was appropriate. The trial judge was faced with a young offender with a significant prior record. It was obvious that he was not cooperating with the probation authorities or fulfilling his obligations with regard to community service. The offences themselves were serious. The situation in the home was intolerable. Yet, in the absence of other family members, his good work at school indicated that there was real hope for him and that there was a pressing need to provide guidance and assistance for him. The aspect of the need for general deterrence could not be overlooked since these offences had been committed with the help and assistance of others. Further it was appropriate to consider as a factor that there would be a review of the disposition. The disposition of two years open custody was, in all the circumstances, a fit sentence in light of the offences committed and the needs and requirements of the young offender.

In the result, as this Court directed at the conclusion of the hearing, the appeal is dismissed.

avant son expiration. La Cour d'appel a exprimé son désaccord en affirmant que la décision doit reposer sur les faits et le droit tels qu'ils existent au moment où elle est prise. La cour a conclu que l'existence de l'examen d'une décision touchant un jeune contrevenant ne doit pas être prise en considération au moment où la peine est imposée pas plus que n'est prise en compte la possibilité d'une libération conditionnelle dans le cas des adultes. Je ne peux accepter cette position.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* prévoit un régime d'examen obligatoire. Dans le cas de contrevenants adultes, le tribunal n'a aucun contrôle sur les dispositions relatives à la libération conditionnelle et à la réduction de la peine. Dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*, la procédure d'examen fait partie intégrante de la décision. Il convient par conséquent d'en tenir compte dans l'examen de la justesse d'une décision, bien que ce ne soit pas un facteur primordial.

Examen de la décision en l'espèce

La décision ordonnant la garde en milieu ouvert pour une période de deux ans était appropriée. Le juge du procès était en présence d'un jeune contrevenant aux nombreux antécédents. Il est évident qu'il ne collaborait pas avec les autorités de probation ni ne s'acquittait de son obligation d'effectuer des travaux au profit de la collectivité. Les infractions étaient graves, et la situation dans son foyer était intolérable. Toutefois, son bon travail à l'école en l'absence d'autres membres de la famille permettait de garder espoir pour lui et démontrait un urgent besoin de lui offrir conseils et assistance. La question de l'effet dissuasif ne pouvait être négligée puisque l'appelant avait commis les infractions avec le concours d'autres personnes. En outre, il y avait lieu de tenir compte du fait que la décision serait examinée ultérieurement. Compte tenu de toutes les circonstances, la garde en milieu ouvert pour une période de deux ans était une peine appropriée étant donné les infractions commises et les besoins et exigences du jeune contrevenant.

En conséquence, comme notre Cour l'a ordonné à la clôture de l'audience, le pourvoi est rejeté.

Appeal dismissed.

*Solicitor for the appellant: Legal Aid Manitoba,
Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Manitoba Justice,
Winnipeg.*

Pourvoi rejeté.

*Procureur de l'appellant: Aide juridique
Manitoba, Winnipeg.*

^a *Procureur de l'intimée: Justice Manitoba,
Winnipeg.*

The Attorney General of Canada and the Solicitor General of Canada *Appellants*

v.

Richard Sauvé *Respondent*

and

The Chief Electoral Officer of Canada *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia *Intervener*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Walter Stanley Belczowski *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia *Intervener*

INDEXED AS: SAUVÉ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File Nos.: 22961, 22962.

1993: May 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying prisoners from voting unconstitutional —

Le procureur général du Canada et le solliciteur général du Canada *Appellants*

a c.

Richard Sauvé *Intimé*

et

b

Le directeur général des élections du Canada *Intimé*

c et

Le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenant*

d et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

e c.

Walter Stanley Belczowski *Intimé*

f et

Le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenant*

g RÉPERTOIRE: SAUVÉ c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N^{os} du greffe: 22961; 22962.

h 1993: 27 mai.

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Inconstitutionnalité de la disposition de la Loi électorale du Canada qui rend les prison-

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3.

Statutes and Regulations Cited

*Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (*Sauvé v. Canada (Attorney General)*) (1992), 7 O.R. (3d) 481, 89 D.L.R. (4th) 644, 55 O.A.C. 219, allowing an appeal from a judgment of Van Camp J. (1988), 66 O.R. (2d) 234, 53 D.L.R. (4th) 595, dismissing an application for declaratory relief. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (*Belczowski v. The Queen*) dismissing an appeal from a judgment of Strayer J. granting declaratory relief. Appeal dismissed.

I. G. Whitehall, Q.C., and S. D. Clarke, for the appellants.

Fergus J. O'Connor and R. Peter Nappier, for the respondent Richard Sauvé.

Richard A. Stoppel, for the respondent Walter Stanley Belczowski.

Harvey M. Groberman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J.—We are all of the view that these appeals should be dismissed.

The Attorney General of Canada has properly conceded that s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, contravenes s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but submits that s. 51(e) is saved under s. 1 of the *Charter*. We do not agree. In our view, s. 51(e) is drawn too broadly and fails to meet the proportionality test, particularly the minimal impairment component of

niens inhabiles à voter — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 51e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3.

a Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3.
Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 51e).*

b

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (*Sauvé c. Canada (Attorney General)*) (1992), 7 O.R. (3d) 481, 89 D.L.R. (4th) 644, 55 O.A.C. 219, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Van Camp (1988), 66 O.R. (2d) 234, 53 D.L.R. (4th) 595, qui avait rejeté une demande de jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté.

c

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (*Belczowski c. La Reine*), qui a rejeté un appel d'une décision du juge Strayer, qui avait accordé un jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté.

d

I. G. Whitehall, c.r., et S. D. Clarke, pour les appelants.

Fergus J. O'Connor et R. Peter Nappier, pour l'intimé Richard Sauvé.

f

Richard A. Stoppel, pour l'intimé Walter Stanley Belczowski.

g

Harvey M. Groberman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

h

LE JUGE IACOBUCCI—Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter ces pourvois.

Le procureur général du Canada a concédé à bon droit que l'al. 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, enfreint l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il prétend qu'il est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Nous ne sommes pas d'accord. À notre avis, l'al. 51e) a une portée trop large et ne satisfait pas au critère de la proportionnalité, parti-

i

j

the test, as expressed in the s. 1 jurisprudence of the Court.

Accordingly, the first constitutional question is answered in the affirmative and the second constitutional question is answered in the negative.

Consequently, both appeals are dismissed with costs.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent Richard Sauvé: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston.

Solicitors for the respondent Walter Stanley Belczowski: Brimacombe, Sanderman, Stroppel & Finlayson, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

culièrement en ce qui concerne l'élément de l'atteinte minimale, énoncé dans la jurisprudence de notre Cour touchant l'article premier.

Par conséquent, la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

En conséquence, les deux pourvois sont rejetés avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Richard Sauvé: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston.

Procureurs de l'intimé Walter Stanley Belczowski: Brimacombe, Sanderman, Stroppel & Finlayson, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

A.D. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

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

File No.: 23216.

1993: June 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Most of delay waived, caused by accused or attributable to inherent requirements of case — Whether or not appellate proceedings covered by Charter, delay in this case not unreasonable.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 17 W.C.B. (2d) 286, allowing the Crown's appeal from an order of Forget J. of the Ontario Court (General Division) staying proceedings against the accused. Appeal dismissed.

Gary R. Barnes and Thomas J. Raganold, for the appellant.

David Butt and Susan Chapman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—This is an appeal as of right contesting the Court of Appeal of Ontario's decision that there was no unreasonable delay in this case. We agree with the conclusion of the Court of Appeal. As we see it, most of the delay was waived, or caused by the appellant, or attributable to the inherent requirements of the case. There is not much delay attributable to the Crown either by

A.D. Appellant

c.

^a Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. D. (A.)

^b N° du greffe: 23216.1993: 1^{er} juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Majeure partie du délai résultant d'une renonciation ou du fait de l'appellant, ou imputable aux délais inhérents à la nature de l'affaire — Peu importe que les procédures d'appel soient visées ou non par la Charte, il n'y a pas eu de délai déraisonnable en l'espèce.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 17 W.C.B. (2d) 286, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre d'une ordonnance du juge Forget de la Cour de l'Ontario (Division générale) enjoignant d'arrêter les procédures engagées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

^g *Gary R. Barnes et Thomas J. Raganold, pour l'appellant.*

David Butt et Susan Chapman, pour l'intimée.

^h Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

ⁱ LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi est formé de plein droit contre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle il n'y a pas eu de délai déraisonnable en l'espèce. Nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel. Selon nous, la majeure partie du délai résulte d'une renonciation ou du fait de l'appellant, ou est imputable aux délais inhérents à la nature de l'affaire.

reason of lack of institutional resources or otherwise. Whether or not appellate proceedings are covered by the *Charter*, there was no unreasonable delay in this case.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Gary R. Barnes, Ottawa.

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

On ne peut pas imputer beaucoup de retard au ministère public en raison d'un manque de ressources institutionnelles ou pour un autre motif. Peu importe que les procédures d'appel soient visées ou non par la *Charte*, il n'y a pas eu de délai déraisonnable en l'espèce.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Gary R. Barnes, Ottawa.

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

Artell Developments Limited *Appellant*

v.

**677950 Ontario Limited, Paul Horvat, Wone
Tone Financial Services Inc. and Gunther
Holdings Ltd.** *Respondents*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*INDEXED AS: ARTELL DEVELOPMENTS LTD. v.
677950 ONTARIO LTD.

File No.: 23116.

1993: June 4.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO*Criminal law — Criminal interest rate — Land pur-
chased for resale at profit — Purchaser mortgaging
property — Mortgagee to receive interest plus 50 per-
cent of profit — Total interest amounting to criminal
rate — Not enforceable in civil action — Criminal Code,
R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.**Constitutional law — Division of powers — Property
and civil rights — Criminal Code provision dealing with
excessive interest — Whether or not provision within
provincial powers — Constitution Act, 1867, s. 92(13)
— Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.***Statutes and Regulations Cited***Constitution Act, 1867, s. 92(13).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.*APPEAL from a judgment of the Ontario Court
of Appeal (1992), 93 D.L.R. (4th) 334, 75 C.C.C.
(3d) 343, 24 R.P.R. (2d) 113, 57 O.A.C. 189,
allowing an appeal from a judgment of Bell**Artell Developments Limited** *Appelante*

c.

**677950 Ontario Limited, Paul Horvat, Wone
Tone Financial Services Inc. et Gunther
Holdings Ltd.** *Intimés**b* et**Le procureur général du
Canada** *Intervenant**c*RÉPERTORIÉ: ARTELL DEVELOPMENTS LTD. c.
677950 ONTARIO LTD.

N° du greffe: 23116.

d

1993: 4 juin.

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

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

f *Droit criminel — Taux d'intérêt criminel — Terrain
acheté pour fins de revente avec profit — Acquéreur
hypothéquant le bien — Créancier hypothécaire devant
percevoir les intérêts plus la moitié du profit réalisé —
Montant total des intérêts correspondant à un taux cri-
minel — Absence de recours civil — Code criminel,
L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.**g* *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Pro-
priété et droits civils — Disposition du Code criminel
traitant des intérêts excessifs — Cette disposition relève-
t-elle de la compétence des provinces? — Loi constitu-
tionnelle de 1867, art. 92(13) — Code criminel, L.R.C.
(1985), ch. C-46, art. 347.***Lois et règlements cités***i* *Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13).*POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de
l'Ontario (1992), 93 D.L.R. (4th) 334, 75 C.C.C.
(3d) 343, 24 R.P.R. (2d) 113, 57 O.A.C. 189, qui a
accueilli l'appel d'une décision du juge Bell

Oyen J. (1989), 16 A.C.W.S. (3d) 391. Appeal dismissed.

Ian G. Scott, Q.C., Richard P. Stephenson and Ian McGilp, for the appellant.

Milton A. Davis, Andrea Habas and Ronald D. Davis, for the respondents.

Robert J. Frater, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J.—We are all of the view that this appeal should be dismissed for substantially the reasons given by Blair J.A. in the Ontario Court of Appeal (1992), 93 D.L.R. (4th) 334. Taking all the circumstances of this case into account, we agree that the so-called sharing of profits scheme came clearly within the provisions of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and the appellant by entering into the agreement violated s. 347.

As to the constitutional question raised, namely:

Is s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, *ultra vires* the Parliament of Canada in so far as it purports to regulate matters within the exclusive jurisdiction of the provinces pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

We are all of the view that the answer is no.

Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondents: Bresver, Grossman, Scheininger & Davis, Toronto.

Solicitor for the intervener: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Oyen (1989), 16 A.C.W.S. (3d) 391. Pourvoi rejeté.

Ian G. Scott, c.r., Richard P. Stephenson et Ian McGilp, pour l'appelante.

Milton A. Davis, Andrea Habas et Ronald D. Davis, pour les intimés.

Robert J. Frater, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI—Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi, et ce, essentiellement pour les raisons exposées par le juge Blair de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 93 D.L.R. (4th) 334. Compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire, nous convenons que le prétendu régime de partage des profits relève nettement des dispositions de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et que l'appelante, en concluant la convention, a violé l'art. 347.

Quant à la question constitutionnelle soulevée, savoir:

L'article 347 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, excède-t-il la compétence du Parlement du Canada dans la mesure où il a pour objet de régir des matières qui relèvent de la compétence exclusive des provinces, conformément au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Nous sommes tous d'avis que la réponse est non.

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Procureurs des intimés: Bresver, Grossman, Scheininger & Davis, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Le procureur général du Canada, Ottawa.

James Charles Thornton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THORNTON

File No.: 22312.

1993: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Nuisance — Accused convicted of nuisance for donating blood he knew to be HIV-contaminated to Red Cross — Accused having duty of care in giving blood under s. 216 of Criminal Code — Duty of care breached by failure to disclose that blood contained HIV antibodies — Lives, safety and health of public endangered — Conviction upheld.

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 216.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 1 O.R. (3d) 480, 42 O.A.C. 206, 3 C.R. (4th) 381, dismissing the accused's appeal from his conviction by Flanigan Dist. Ct. J. (1989), 8 W.C.B. (2d) 156, on a charge of committing a nuisance. Appeal dismissed.

Lawrence Greenspon and Judie Y. W. Chan, for the appellant.

Michael Fairburn, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We are all of the view that this appeal fails. Section 216 imposed upon the appellant a duty of care in giving his blood to the Red

James Charles Thornton *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THORNTON

^b N° du greffe: 22312.

1993: 4 juin.

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

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

^d *Droit criminel — Nuisance — Accusé déclaré coupable de nuisance pour avoir donné à la Croix rouge du sang qu'il savait contaminé par le VIH — Accusé obligé en vertu de l'art. 216 du Code criminel de faire preuve de diligence en donnant son sang — Manquement à cette obligation de diligence en ne révélant pas que le sang contenait des anticorps VIH — Vie, sécurité et santé du public mis en danger — Déclaration de culpabilité confirmée.*

Lois et règlement cités^f *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 216.

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 1 O.R. (3d) 480, 42 O.A.C. 206, 3 C.R. (4th) 381, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Flanigan de la Cour de district (1989), 8 W.C.B. (2d) 156, relativement à une accusation de nuisance. Pourvoi rejeté.

^h *Lawrence Greenspon et Judie Y. W. Chan*, pour l'appellant.

ⁱ *Michael Fairburn*, pour l'intimée.

^j Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi échoue. L'article 216 imposait à l'appellant l'obligation de faire preuve

Cross. This duty of care was breached by not disclosing that his blood contained HIV antibodies. This common nuisance obviously endangered the life, safety and health of the public.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Karam, Greenspon, Ottawa.

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

de diligence en donnant son sang à la Croix rouge. Il a manqué à cette obligation de diligence en ne révélant pas que son sang contenait des anticorps VIH. Il est évident que cette nuisance publique a mis en danger la vie, la sécurité et la santé du public.

^a

Le pourvoi est rejeté.

^b *Jugement en conséquence.*

Procureurs de l'appellant: Karam, Greenspon, Ottawa.

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

Timothy Clutterbuck *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CLUTTERBUCK

File No.: 23025.

1993: June 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Perjury — Corroboration — Corroboration not required when proof rests on inferences drawn from conduct.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing appeals against the conviction and the sentence by MacLeod J. (1991), 13 W.C.B. (2d) 333. Appeal dismissed.

Keith E. Wright, for the appellant.*John Corelli*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—Speaking for the Court, we find no merit in any of the grounds of appeal and, accordingly, dismiss this appeal.

*Judgment accordingly.**Solicitor for the appellant: Keith E. Wright, Toronto.**Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.***Timothy Clutterbuck** *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CLUTTERBUCK

N° du greffe: 23025.

^b 1993: 8 juin.^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Parjure — Corroboration — Corroboration non nécessaire lorsque la preuve repose sur des déductions faites à partir de la conduite adoptée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté des appels interjetés contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge MacLeod et contre la sentence imposée par ce dernier (1991), 13 W.C.B. (2d) 333. Pourvoi rejeté.

Keith E. Wright, pour l'appelant.^f *John Corelli*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE EN CHEF LAMER—La Cour est d'avis qu'aucun des moyens d'appel n'est fondé et, par conséquent, le pourvoi est rejeté.^h *Jugement en conséquence.**Procureur de l'appelant: Keith E. Wright, Toronto.*ⁱ *Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

Larry Bell, Robert Chase and Peter Dolezal *Appellants*

and

United Mine Workers of America International Union and United Mine Workers of America, Local 7292 *Appellants*

v.

Greenhills Workers' Association *Respondent*

and

Three Hundred Non-Union Employees *Respondents*

INDEXED AS: WESTAR MINING LTD. (RE)

File No.: 23395.

1993: June 8.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Appeal — Leave to appeal — Court of Appeal — Companies' Creditors Arrangement Act — Panel of British Columbia Court of Appeal having jurisdiction to hear appeal from order of single justice on application for leave to appeal under Companies' Creditors Arrangement Act.

Appeal — Leave to appeal — Court of Appeal — Companies' Creditors Arrangement Act — Proceedings for obtaining leave to appeal taken within 21 days after rendering of order being appealed — Provisions of Companies' Creditors Arrangement Act complied with.

Corporations — Compromises and arrangements — Order under Companies' Creditors Arrangement Act set aside — No jurisdiction to make order in absence of notice to parties and hearing.

Larry Bell, Robert Chase et Peter Dolezal *Appellants*

et

United Mine Workers of America International Union et United Mine Workers of America, Local 7292 *Appellants*

c.

Greenhills Workers' Association *Intimée*

et

Trois cents employés non syndiqués *Intimés*

RÉPERTORIÉ: WESTAR MINING LTD. (RE)

N^o du greffe: 23395.

1993: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Appel — Autorisation d'appel — Cour d'appel — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Formation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique compétente pour entendre l'appel interjeté contre l'ordonnance rendue par un seul juge concernant une demande d'autorisation d'appel fondée sur la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

Appel — Autorisation d'appel — Cour d'appel — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Procédures visant à obtenir l'autorisation d'appel engagées dans les 21 jours suivant la délivrance de l'ordonnance faisant l'objet d'un appel — Respect des dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

Compagnies — Transactions et arrangements — Annulation d'une ordonnance fondée sur la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Absence de compétence pour rendre l'ordonnance sans avoir préalablement avisé et entendu les parties.

Statutes and Regulations Cited

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 16, dismissing an application to set aside an order of Southin J.A. (1992), 75 B.C.L.R. (2d) 14, 16 C.B.R. (3d) 55, refusing leave to appeal from an interlocutory order made by Macdonald J. (1992), 14 C.B.R. (3d) 101, during proceedings brought under the *Companies' Creditors Arrangement Act*. Appeal allowed.

Jack M. Giles, Q.C., for the appellants Bell et al.

Gwen K. Randall, Q.C., and *Cheryl Yingst-Bartel*, for the appellants United Mine Workers of America International Union et al.

Frank G. Potts and *Tim Delaney*, for the respondent Greenhills Workers' Association.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J.—We agree, for the reasons given by McEachern C.J.B.C., that the British Columbia Court of Appeal had jurisdiction to hear an appeal of the decision of Southin J.A. regarding the order of Macdonald J. made on August 26, 1992, and that the appellants properly complied with the applicable provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C., 1985, c. C-36, in bringing their appeal.

Under the circumstances, we think it appropriate to address the merits. In that respect, we are of the view that the order of August 26, 1992 was improper and should be set aside because there was no jurisdiction for Macdonald J. to make the order, absent notice to and hearing the affected parties.

Lois et règlements cités

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36.

^a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 16, qui a rejeté une demande d'annulation d'une ordonnance du juge Southin (1992), 75 B.C.L.R. (2d) 14, 16 C.B.R. (3d) 55, qui avait refusé l'autorisation d'en appeler d'une ordonnance interlocutoire rendue par le juge Macdonald (1992), 14 C.B.R. (3d) 101, au cours de procédures engagées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Pourvoi accueilli.

Jack M. Giles, c.r., pour les appelants Bell et autres.

^d *Gwen K. Randall, c.r.*, et *Cheryl Yingst-Bartel*, pour les appelants United Mine Workers of America International Union et autre.

^e *Frank G. Potts* et *Tim Delaney*, pour l'intimée Greenhills Workers' Association.

Version française du jugement rendu oralement par

^f LE JUGE IACOBUCCI—Pour les motifs exposés par le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, nous sommes tous d'accord pour dire que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait compétence pour entendre l'appel interjeté contre la décision du juge Southin concernant l'ordonnance rendue par le juge Macdonald le 26 août 1992, et que les appelants se sont bien conformés ^g aux dispositions applicables de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36, en interjetant leur appel.

^h Dans les circonstances, nous croyons qu'il convient d'aborder le fond de l'affaire. À cet égard, nous sommes d'avis que l'ordonnance du 26 août 1992 n'était pas appropriée et qu'elle devrait être annulée pour le motif que le juge Macdonald n'avait pas compétence pour la rendre sans avoir préalablement avisé et entendu les parties concernées.

The appeal from the order of Southin J.A. is quashed without costs.

The appeal from the decision of the British Columbia Court of Appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal refusing leave to appeal is set aside, and the order of August 26, 1992 of Macdonald J. is set aside.

The appellants shall have their costs here and in both courts below.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants Bell et al.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the appellants United Mine Workers of America International Union et al.: McCarthy Tétrault, Calgary.

Solicitors for the respondent Greenhills Workers' Association: Lindsay Kenney, Vancouver.

L'appel interjeté contre l'ordonnance du juge Southin est annulé sans dépens.

L'appel interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est accueilli, la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de refuser l'autorisation d'appel est annulée, de même que l'ordonnance rendue par le juge Macdonald le 26 août 1992.

Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants Bell et autres: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des appelants United Mine Workers of America International Union et autre: McCarthy Tétrault, Calgary.

Procureurs de l'intimée Greenhills Workers' Association: Lindsay Kenney, Vancouver.

Josef Hans Egger Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. EGGER

File No.: 22816.

1992: October 9; 1993: June 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Impaired driving — Presumption of impairment arising from certificates made following blood test — Requirement that a sample be available to accused for independent testing — Accused not receiving notice of existence of sample until day before trial — What information to be disclosed, and when, for presumption to operate — Whether accused must request second sample before the presumption available — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 255(2), 258(1)(d), (7), 676(1)(a).

Appellant was involved in a traffic accident. Two blood samples were taken in hospital for analysis of blood alcohol level — one for the police and one for independent analysis by the accused. Some two months after the accident, appellant was charged with two counts of impaired driving causing bodily harm (*Criminal Code*, s. 255(2)) and one "over 80" count (*Criminal Code*, s. 253(b)). At the same time he was served with a Certificate of Analyst (CA) which revealed that he had had four times the statutory limit of concentration of alcohol in his blood at the time the samples were taken. The Certificate of Analyst did not mention the existence of a second blood sample. In the six months between the time he gave blood samples and his trial, appellant neither requested the extra sample of his blood nor applied to any court for its release. The appellant was served with a Certificate of Qualified Technician (CQT) the day before his trial. The CQT stated that the taking of the two samples complied with the *Criminal Code*, and that a second sample was taken to permit an analysis to be made by or on behalf of the accused. The delay in serving the CQT was apparently inadvertent, and the Crown called the technician as a witness at trial. The

Josef Hans Egger Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. EGGER

N^o du greffe: 22816.

^b 1992: 9 octobre; 1993: 10 juin.

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

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

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies — Présomption de facultés affaiblies découlant des certificats émis après analyse du sang — Exigence qu'un échantillon soit à la disposition de l'accusé à des fins d'analyse indépendante — Accusé n'ayant reçu l'avis de l'existence d'un échantillon que la veille du procès — Renseignements à communiquer et moment de la communication pour que la présomption s'applique — L'accusé doit-il demander le second échantillon avant que la présomption s'applique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 255(2), 258(1)d), (7), 676(1)a).

L'appellant a été impliqué dans un accident de la circulation. Deux échantillons de sang ont été prélevés à l'hôpital à des fins d'analyse pour déterminer l'alcoolémie: un pour la police et un pour une analyse indépendante par l'accusé. Environ deux mois après l'accident, l'appellant a été accusé sous deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (*Code criminel*, par. 255(2)) et d'un chef d'alcoolémie de «plus de 80 mg» (*Code criminel*, al. 253b)). En même temps, le certificat d'un analyste (CA) lui a été signifié, lequel indiquait que le taux d'alcool dans le sang de l'appellant au moment où les échantillons ont été prélevés était quatre fois supérieur à la limite prévue par la loi. Le certificat de l'analyste ne mentionnait pas l'existence d'un second échantillon de sang. Dans les six mois entre le moment où il a donné des échantillons de sang et son procès, l'appellant n'a pas demandé l'échantillon de sang supplémentaire et il n'a pas demandé à un tribunal qu'il lui soit remis. Le certificat d'un technicien qualifié (CTQ) a été signifié à l'appellant la veille de son procès. Le CTQ indiquait que le prélèvement des deux échantillons était conforme au *Code criminel*, et que le second échantillon avait été prélevé afin de permettre qu'une

appellant was acquitted of all counts when the trial judge refused to admit the CQT and the CA into evidence. With that the "over 80" charge fell. The trial judge also dismissed the other two charges for other reasons. The Court of Appeal allowed respondent's appeal and ordered a new trial on all counts.

Two questions arose for determination. First, what must the prosecution disclose to the accused, and when, in order to have the benefit of the presumption that the reading in the CA was the blood alcohol level at the time of the accident? Second, what action, if any, is necessary on the part of the accused to obtain the second sample before the presumption is available?

Held: The appeal should be allowed.

The accused had no notice of the availability of the second blood sample until the CQT was served the day before his trial. The Court of Appeal was not empowered to overturn this finding of fact because the Crown's appeal was limited to questions of law alone by s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. The trial judge's finding was not alleged to be an error of law and was supported by the evidence.

The availability of the presumption and the admissibility as evidence of the CA and CQT, which do not depend on the conditions governing the presumption, are two separate questions. The certificates are admissible if reasonable notice of the intent to produce them and copies of them are given to the accused (s. 258(7)) and they are evidence of the factual allegations therein without formal proof of the authenticity of the documents (ss. 258(1)(h)(iii) for the CQT and 258(1)(i) for the CA).

The findings of fact that the appellant was not given reasonable notice of the CQT, that the usual practice of serving it or the Certificate of Qualified Medical Practitioner (CQMP) when the sample is taken was not followed, and that the Crown failed without excuse to execute and serve the certificate well in advance of the trial were all supported in the evidence. It was well within the trial judge's judicial discretion to find that service of the CQT the afternoon before the trial did not in the cir-

analyse soit effectuée par l'accusé ou pour son compte. Le retard dans la signification du CTQ résultait apparemment d'une inadvertance et le ministère public a cité le technicien à titre de témoin au procès. L'appelant a été acquitté à l'égard de tous les chefs lorsque le juge du procès a refusé d'admettre le CTQ et le CA à titre de preuve. Ainsi, l'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» n'a pas été retenue. Le juge du procès a également rejeté les deux autres accusations pour d'autres motifs. L'appel de l'intimée a été accueilli par la Cour d'appel, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de tous les chefs d'accusation.

Deux questions devaient être tranchées. Premièrement, qu'est-ce que la poursuite doit révéler à l'accusé, et à quel moment doit-elle le faire, pour pouvoir jouir de l'avantage de la présomption que les résultats dans le CA indiquaient l'alcoolémie au moment de l'accident? Deuxièmement, le cas échéant, quelle mesure l'accusé doit-il prendre pour obtenir le second échantillon avant que la présomption ne s'applique?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'accusé n'a pas été avisé de la disponibilité du second échantillon avant que le CTQ soit signifié la veille de son procès. La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'infirmer cette conclusion de fait parce que l'appel du ministère public était limité à des questions de droit seulement par l'al. 676(1)(a) du *Code criminel*. On n'a pas allégué que la conclusion du juge du procès constituait une erreur de droit, et cette conclusion était appuyée par la preuve.

La disponibilité de la présomption et la recevabilité du CA et du CTQ à titre de preuve, qui ne dépendent pas des conditions en matière de présomption, sont deux questions distinctes. Les certificats sont recevables si un avis raisonnable de l'intention de les produire est donné à l'accusé et si on lui fournit des copies de ceux-ci (par. 258(7)) et ils font foi des allégations de fait sans preuve formelle de l'authenticité des documents (sous-al. 258(1)(h)(iii) pour le CTQ et al. 258(1)(i) pour le CA).

Les conclusions de fait que l'appelant n'a pas eu un avis suffisant du CTQ, que la pratique habituelle de la signification de celui-ci ou du certificat d'un médecin qualifié (CMQ) au moment du prélèvement n'a pas été suivie et que le ministère public a omis, sans excuse, de signifier le certificat dans le délai amplement suffisant bien avant le procès étaient toutes appuyées par la preuve. Le juge du procès pouvait très bien en vertu de son pouvoir discrétionnaire conclure que la signification

cumstances constitute reasonable notice as required by s. 258(7).

The CA, which was considered on the heels of the CQT and excluded without any independent ground supporting that exclusion, should have been considered separately. It was served long in advance of the trial and was admissible.

Section 258(1)(d) must be interpreted in light of the accused's right to make full answer and defence and the Crown's duty to disclose all information reasonably capable of affecting the accused's ability to exercise that right. Disclosure must be made early enough to leave the accused enough time to take any steps that may affect that right and should be done before the accused elects a mode of trial or pleads. This obligation to disclose extends to information relevant and necessary for the accused to decide whether or not to take such steps. This requires a determination by the reviewing judge as to whether the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or in making a decision which may affect the conduct of the defence. The Crown bears the burden of justifying its discretion to withhold irrelevant or privileged information.

The statutory presumption in s. 258(1)(d) requires that the accused know the charge against him or her and know of the Crown's analysis evidence and be informed of the existence of a second sample available for independent testing. Neither the CA nor the summons meets this requirement because neither refers to the existence or availability for testing of the second sample. Since a certificate which is often the basis of conviction cannot be cross-examined, the accused's only line of defence is to conduct his or her own test of the sample. The right to a sample must be a meaningful right to be exercised or waived on the basis of relevant basic information.

Although the Crown may be required to retain the second sample beyond the statutory requirement of three months and, therefore, the accused might have an alternative remedy under s. 605(1) of the Code, this is not a substitute for notice of the second sample with the three-

du CTQ l'après-midi qui a précédé le procès ne constituait pas dans les circonstances un avis raisonnable aux termes du par. 258(7).

Le CA, qui a été examiné directement à la suite du CTQ et exclu sans motif distinct, aurait dû être examiné séparément. Il a été signifié bien avant le procès et était recevable.

L'alinéa 258(1)d) doit être interprété en fonction du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et de l'obligation du ministère public de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur sa capacité d'exercer ce droit. La communication doit être faite assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures susceptibles d'avoir un effet sur ce droit et avant que l'accusé choisisse son mode de procès ou présente son plaidoyer. Cette obligation de communication s'applique aux renseignements qui sont pertinents et nécessaires pour que l'accusé puisse décider de prendre ou non ces mesures. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense. Le ministère public est tenu de justifier son pouvoir discrétionnaire de retenir des renseignements qui ne sont pas pertinents ou qui sont privilégiés.

La présomption prévue à l'al. 258(1)d) exige que l'accusé soit au courant de l'accusation qui est portée contre lui, de l'analyse que le ministère public présente comme preuve et de l'existence d'un second échantillon qu'il peut soumettre à une analyse indépendante. Ni le CA ni l'assignation ne satisfont à cette exigence parce qu'ils ne mentionnent pas l'existence du second échantillon ni le fait qu'il peut être analysé. Étant donné qu'un certificat, sur lequel est souvent fondée la déclaration de culpabilité, ne peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire, le seul moyen de défense pour l'accusé est la possibilité de faire effectuer sa propre analyse de l'échantillon. Le droit d'obtenir un échantillon doit être un droit important qui peut être exercé ou auquel il est possible de renoncer sur le fondement de renseignements de base pertinents.

Bien que le ministère public puisse être tenu de garder le second échantillon au delà du délai de trois mois prévu par la loi, et que, par conséquent, l'accusé puisse avoir un autre recours aux termes du par. 605(1) du Code, cela ne remplace pas l'avis relatif au second

month period. Such notice would, however, satisfy any production requirements of the Crown to produce after the statutory three-month period has expired.

The most appropriate and convenient way to notify the accused of the existence of the second sample is by serving the CQT or CQMP. Notice can be effected by other means, however, if it is to the same effect and it is proved in accordance with the criminal standard that the accused was made aware in a timely fashion. (The criminal standard of proof applies because the admission of the evidence, given the effect of the presumption can be conclusive proof of the accused's blood alcohol concentration.) The accused must receive the information with enough time to apply for an order under s. 258(4). The amount of time reasonably necessary to do so is a question of fact. The earlier the information is provided, the better, and in most cases the CQT can be served when the samples are taken. If not served when taken, the CQT, or a notice advising of the availability of the sample for testing, should be given when the summons is served.

The appellant did not have the information reasonably necessary for the informed exercise of his right to obtain the second sample and hence the presumption in s. 258(1)(d) was not available to the Crown.

The presumption is available even if the accused takes no action to obtain the second sample. An interpretation consistent with the legislative intent must be adopted because the plain and ordinary meaning of s. 258(1)(d)(i) would defeat its legislative purpose which is to give the Crown the benefit of an evidentiary presumption, given certain conditions, in order to facilitate the prosecution of drinking and driving offences. This purpose is inconsistent with making the presumption subject to the caprice of the accused as to whether or not to exercise his or her right to request the second blood sample.

The presumption will not necessarily stand whenever the requisite notice is given, regardless of other circumstances. If the accused is not able to exercise his or her right due to factors beyond his or her control, the application of the presumption may be denied. Being denied the benefit of the presumption clearly, however, does not derail "over 80" prosecutions. It simply requires the Crown to prove them by recourse to the evidential tools

échantillon dans le délai de trois mois. Toutefois, un tel avis satisferait à l'exigence en matière de remise qui incombe au ministère public après l'expiration du délai de trois mois.

^a La meilleure façon d'aviser l'accusé de l'existence du second échantillon est la signification du CTQ ou du CMQ. Toutefois, l'avis peut être donné par d'autres moyens dans la mesure où ils ont le même effet et qu'il est démontré, conformément aux normes en matière criminelle, que l'accusé a été avisé en temps opportun. (La norme de preuve en matière criminelle s'applique parce que la recevabilité de la preuve, compte tenu de l'effet de la présomption peut avoir un effet concluant relativement à l'alcoolémie de l'accusé.) L'accusé doit recevoir les renseignements suffisamment à l'avance pour demander une ordonnance aux termes du par. 258(4). Le délai raisonnable à cette fin est une question de fait. Il est préférable que les renseignements soient communiqués le plus tôt possible et, dans la plupart des cas, le CTQ peut être signifié au moment du prélèvement des échantillons. Si le CTQ n'est pas signifié au moment du prélèvement des échantillons, alors il faudrait le remettre, ou donner un avis concernant la disponibilité d'un échantillon à des fins d'analyse, au moment de l'assig-
^b
^c
^d
^e gnation.

^f L'appelant n'a pas eu les renseignements raisonnablement nécessaires à l'exercice éclairé de son droit d'obtenir le second échantillon et, par conséquent, le ministère public ne pouvait invoquer la présomption visée à l'al. 258(1)(d).

^g La présomption peut être invoquée même si l'accusé ne prend aucune mesure pour obtenir le second échantillon. Il y a lieu d'adopter une interprétation conforme à l'intention du législateur parce que le sens ordinaire du sous-al. 258(1)(d)(i) serait contraire à l'esprit de la loi qui vise à donner au ministère public l'avantage d'une présomption en matière de preuve dans certaines conditions, pour faciliter la poursuite d'infractions relatives à la conduite en état d'ébriété. Cet objet ne correspond pas à l'assujettissement de la présomption au bon vouloir de l'accusé d'exercer ou non son droit de demander le second échantillon de sang.

ⁱ La présomption ne s'appliquera pas nécessairement dès que l'avis aura été donné, sans tenir compte d'autres circonstances. Si l'accusé n'est pas en mesure d'exercer son droit en raison de facteurs hors de son contrôle, l'application de la présomption peut être refusée. De toute évidence, le refus d'appliquer la présomption n'empêche toutefois pas d'intenter des poursuites pour alcoolémie de «plus de 80 mg». Le ministère public doit

on which it would ordinarily have to rely in the absence of the presumption.

The Crown quite rightly did not seek a new trial. In the absence of the presumption in s. 258(1)(d) or expert evidence of metabolic rates and extrapolation to the time of the accident, the CA does no more than provide a blood alcohol reading two hours after the accident. Without the presumption there was no evidence supporting the "over 80" count. The Crown, having relied on the presumption which it knew was disputed, could not seek to set aside the acquittal and obtain a new trial in order to permit it to proceed on another basis with new evidence.

Cases Cited

Considered: *R. v. Auja* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229; *R. v. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53; **referred to:** *R. v. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222; *Lightfoot v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 566; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b) [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 36], 255(2) [am. *idem*], 258(1)(d), (7) [am. *idem*], 676(1)(a) [am. *ibid.*, s. 139].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Pomerance, Renee M. "Over 80' and Under Scrutiny: Selected Charter Issues in Drinking and Driving Cases" (1992), 4 *J.M.V.L.* 121.

simplement en faire la preuve au moyen des outils dont il disposerait en l'absence de la présomption.

Le ministère public était bien fondé de ne pas demander la tenue d'un nouveau procès. En l'absence de la présomption de l'al. 258(1)d) ou d'un témoignage d'expert relativement au taux de métabolisation, et d'extrapolation quant au taux au moment de l'accident, le CA indique simplement quelle était l'alcoolémie deux heures après l'accident. Sans la présomption, aucun élément de preuve n'appuyait le chef d'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg». Comme il s'est appuyé sur la présomption qu'il savait contestée, le ministère public ne pouvait demander l'annulation de l'acquiescement et la tenue d'un nouveau procès pour lui permettre de procéder sur un autre fondement avec de nouveaux éléments de preuve.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Auja* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229; *R. c. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53; **arrêts mentionnés:** *R. c. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222; *Lightfoot c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 566; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253(b) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 36], 255(2) [mod. *idem*], 258(1)d), (7) [mod. *idem*], 676(1)a) [mod. *ibid.*, art. 139].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Pomerance, Renee M. «Over 80» and Under Scrutiny: Selected Charter Issues in Drinking and Driving Cases» (1992), 4 *J.M.V.L.* 121.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 120 A.R. 360, 8 W.A.C. 360, 69 C.C.C. (3d) 97, 32 M.V.R. (2d) 161, allowing an appeal from an acquittal by Reilly Prov. Ct. J. Appeal allowed.

David F. Younggren, for the appellant.

Peter W. L. Martin, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This drinking and driving case concerns the availability of the statutory presumption in s. 258(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that the accused's blood alcohol level at the time a sample of the accused's blood was tested is proof of the accused's blood alcohol level at the time of the alleged offence of driving "over 80". Section 258(1)(d) imposes several conditions on the availability of the presumption. The present appeal focuses only on some of these, namely what, if anything, must be disclosed to the accused, and when must it be disclosed, before the Crown may rely on the presumption, and whether a request by the accused for the second blood sample (taken at the same time as the sample tested by the prosecution) and its release to the accused are prerequisites for the availability of the presumption.

Facts

On March 24, 1990, the car the appellant was driving was involved in a motor vehicle accident. At the scene of the accident, the police formed the opinion that the appellant was impaired, and demanded samples of his blood for analysis. They did not demand a breath sample because the appellant had some lacerations on his face and they thought that the presence of blood in the appellant's mouth might affect the accuracy of a breath sample analysis. The appellant agreed to the blood sample demand and was taken to a hospital where a nurse took the blood samples. At the hospital the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 120 A.R. 360, 8 W.A.C. 360, 69 C.C.C. (3d) 97, 32 M.V.R. (2d) 161, qui a accueilli un appel contre un acquittement rendu par le juge Reilly de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

David F. Younggren, pour l'appellant.

Peter W. L. Martin, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La présente affaire d'alcool au volant porte sur la possibilité d'invoquer la présomption prévue à l'al. 258(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'analyse d'un échantillon de son sang fait foi de son alcoolémie au moment où l'infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» aurait été commise. L'alinéa 258(1)d) pose plusieurs conditions en ce qui concerne la possibilité d'invoquer la présomption. Le présent pourvoi ne vise que certaines de ces conditions, savoir ce qui, le cas échéant, doit être communiqué à l'accusé, ainsi que le moment de la communication, avant que le ministère public puisse faire valoir la présomption, et s'il faut, comme conditions préalables à l'application de la présomption, que l'accusé ait demandé le second échantillon de sang (prélevé en même temps que l'échantillon analysé par le ministère public) et que celui-ci lui ait été remis.

Les faits

Le 24 mars 1990, l'appellant, au volant de sa voiture, a été impliqué dans un accident de la circulation. Sur les lieux de l'accident, les policiers étaient d'avis que les facultés de l'appellant étaient affaiblies et ont demandé que des échantillons de sang soient prélevés à des fins d'analyse. Ils n'ont pas demandé d'échantillon d'haleine parce que l'appellant avait des coupures au visage et ils ont pensé que la présence de sang dans sa bouche pourrait nuire à la précision d'une analyse d'échantillon d'haleine. L'appellant a acquiescé à la demande d'échantillon de sang et il a été conduit

appellant asked why blood samples were being taken; the investigating constable told him that two blood samples would be taken and that one was for police use while the other was kept for him in case he wanted to analyze it later on. The appellant was not charged with any offence at this time, although the investigating officer told the appellant that he would be charged with impaired driving in due course. The trial judge found, however, that in the circumstances the appellant did not have notice of the retention of the second blood sample, a point to which I shall return later.

On May 22, 1990, some two months after the accident, the appellant was charged with two counts of impaired driving causing bodily harm (*Criminal Code*, s. 255(2)) and one "over 80" count (driving with a blood-alcohol content of more than 80 mg per 100 ml of blood—*Criminal Code*, s. 253(b)). At the same time he was served with a Certificate of Analyst (CA) which revealed that he had had four times the statutory limit of concentration of alcohol in his blood at the time the samples were taken. The Certificate of Analyst did not mention the existence of a second blood sample.

He was tried on September 21, 1990. In the six months between the time he gave blood samples and his trial, he neither requested the extra sample of his blood nor applied to any court for its release. The appellant was served with a Certificate of Qualified Technician (CQT) the day before his trial. The CQT stated, among other things, that the taking of the two samples complied with the *Criminal Code*, and that a second sample was taken to permit an analysis to be made by or on behalf of the accused. The delay in serving the CQT was apparently because of inadvertence, and the Crown called the technician (the nurse who had taken the samples) as a witness at trial. The appellant was acquitted of all counts when the trial judge refused to admit the CQT and the CA into evidence. With that the "over 80" charge fell. The trial judge also

à un hôpital où une infirmière a effectué les prélèvements. À l'hôpital, l'appellant a demandé pour quelle raison on prélevait des échantillons de sang; l'agent enquêteur lui a répondu que deux échantillons seraient prélevés et que l'un d'eux serait utilisé par la police et l'autre serait conservé pour lui au cas où il voudrait le faire analyser plus tard. L'appellant n'a été accusé d'aucune infraction à ce moment-là, bien que l'agent enquêteur lui eût dit qu'il serait accusé en temps opportun de conduite avec facultés affaiblies. Toutefois, le juge du procès a conclu que, dans les circonstances, l'appellant n'avait pas été avisé que le second échantillon de sang était gardé, un point dont nous traiterons plus loin.

Le 22 mai 1990, environ deux mois après l'accident, l'appellant a été accusé sous deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (*Code criminel*, par. 255(2)) et un chef d'alcoolémie de «plus de 80 mg» (conduite avec une alcoolémie qui dépasse 80 mg d'alcool par 100 ml de sang — *Code criminel*, al. 253b)). En même temps, le certificat d'un analyste (CA) lui a été signifié, lequel indiquait que le taux d'alcool dans le sang de l'appellant au moment où les échantillons ont été prélevés était quatre fois supérieur à la limite prévue par la loi. Le certificat de l'analyste ne mentionnait pas l'existence d'un second échantillon de sang.

L'appellant a subi son procès le 21 septembre 1990. Dans les six mois entre le moment où il a donné des échantillons de sang et son procès, il n'a pas demandé l'échantillon de sang supplémentaire et il n'a pas demandé à un tribunal que l'échantillon lui soit remis. Le certificat d'un technicien qualifié (CTQ) a été signifié à l'appellant la veille de son procès. Le CTQ indiquait, notamment, que le prélèvement des deux échantillons était conforme au *Code criminel*, et que le second échantillon avait été prélevé afin de permettre qu'une analyse soit effectuée par l'accusé ou pour son compte. Le retard dans la signification du CTQ résultait apparemment d'une inadvertence et le ministère public a cité le technicien (l'infirmière qui a effectué les prélèvements) à titre de témoin au procès. L'appellant a été acquitté à l'égard de

dismissed the other two charges for other reasons. The respondent's appeal was allowed by the Court of Appeal which ordered a new trial on all counts.

tous les chefs lorsque le juge du procès a refusé d'admettre le CTQ et le CA à titre de preuve. Ainsi, l'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» n'a pas été retenue. Le juge du procès a également rejeté les deux autres accusations pour d'autres motifs. L'appel de l'intimée a été accueilli par la Cour d'appel, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de tous les chefs d'accusation.

Relevant Statutory Provisions

The statutory presumption that the blood alcohol concentration at the time of testing the blood samples is the same as at the time of driving is found in s. 258(1)(d) of the *Criminal Code*. The provisions in Part VIII of the *Code* dealing with the use of evidence of breath and blood samples are, as McClung J.A. in the court below described, "long, convoluted and in some instances, obscure" (*R. v. Egger* (1991), 120 A.R. 360 (C.A.), at p. 362). Section 258(1)(d) provides as follows:

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

(d) where a sample of the blood of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3) or otherwise with the consent of the accused or pursuant to a warrant issued under section 256, if

(i) at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample of the blood of the accused and one of the samples was retained, to permit an analysis thereof to be made by or on behalf of the accused and, at the request of the accused made within three months from the taking of the samples, one of the samples was ordered to be released pursuant to subsection (4),

Les dispositions législatives pertinentes

La présomption que l'alcoolémie au moment de l'analyse des échantillons de sang est la même qu'au moment de la conduite se trouve à l'al. 258(1)d) du *Code criminel*. Les dispositions de la Partie VIII du *Code* qui traitent de l'utilisation comme preuve des échantillons d'haleine et de sang sont, comme l'a décrit le juge McClung de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «longues, compliquées et dans certains cas, obscures» (*R. c. Egger* (1991), 120 A.R. 360 (C.A.) à la p. 362). Voici le texte de l'al. 258(1)d):

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3):

d) lorsqu'un échantillon de sang de l'accusé a été prélevé conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), conformément à un mandat décerné en vertu de l'article 256 ou autrement avec le consentement de l'accusé, la preuve du résultat des analyses ainsi faites fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

(i) au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang de l'accusé et un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse à la demande de l'accusé et, sur demande de celui-ci faite dans les trois mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec le paragraphe (4),

(ii) both samples referred to in subparagraph (i) were taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time,

(iii) both samples referred to in subparagraph (i) were taken by a qualified medical practitioner or a qualified technician under the direction of a qualified medical practitioner,

(iv) both samples referred to in subparagraph (i) were received from the accused directly into, or placed directly into, approved containers that were subsequently sealed, and

(v) an analysis was made by an analyst of at least one of the samples that was contained in a sealed approved container,

evidence of the result of the analysis is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was the concentration determined by the analysis or, where more than one sample was analyzed and the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses;

Subparagraph (i) refers to the request of the accused, within three months from the taking of the sample, for the release of the second sample. The accused may apply for the release of the sample by right within the three months. Subsection (4) provides:

(4) A judge of a superior court of criminal jurisdiction or a court of criminal jurisdiction shall, on the summary application of the accused made within three months from the day on which samples of the blood of the accused were taken, order the release of one of the samples for the purpose of an examination or analysis thereof, subject to such terms as appear to be necessary or desirable to ensure the safeguarding of the sample and its preservation for use in any proceedings in respect of which it was retained.

The admissibility in evidence of the CA and CQT are unrelated to the availability of the presumption, and are governed by other provisions in s. 258(1). First, as to the CQT, para. (h) provides:

(ii) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés le plus tôt possible après le moment de la commission de l'infraction alléguée et dans tous les cas au plus tard deux heures après,

(iii) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés par un médecin qualifié ou un technicien qualifié sous la direction d'un médecin qualifié,

(iv) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été reçus de l'accusé directement, ou ont été placés directement, dans des contenants approuvés et scellés,

(v) l'analyse d'un échantillon placé dans un contenant approuvé a été faite;

Le sous-alinéa (i) mentionne la demande de l'accusé, dans les trois mois du prélèvement, en vue d'obtenir la remise du second échantillon. L'accusé peut demander de plein droit la remise de l'échantillon dans le délai de trois mois. Voici le texte du paragraphe (4):

(4) Un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'une cour de juridiction criminelle peut, à la suite d'une demande sommaire de l'accusé présentée dans les trois mois du jour du prélèvement, ordonner qu'un spécimen de son sang lui soit remis pour examen ou analyse de celui-ci sous réserve des conditions qui semblent nécessaires ou souhaitables pour assurer la sécurité du spécimen et sa conservation pour son utilisation lors des procédures en vue desquelles il a été prélevé.

La recevabilité en preuve du CA et du CTQ n'est pas reliée à la possibilité d'invoquer la présomption et est régie par d'autres dispositions du par. 258(1). D'abord en ce qui a trait au CTQ, l'al. h) prévoit:

(h) where a sample of the blood of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3) or otherwise with the consent of the accused or pursuant to a warrant issued under section 256,

h) lorsque les échantillons du sang de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), conformément à un mandat décerné en vertu de l'article 256 ou autrement avec le consentement de l'accusé, un certificat d'un médecin qualifié ou d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) a certificate of a qualified technician stating that the technician took the sample and the facts referred to in clauses (i)(B) to (D)

(iii) le certificat du technicien qualifié énonce les faits mentionnés aux divisions (i)(B) à (D) et qu'il a prélevé les échantillons;

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed the certificate

Clauses (i)(B) to (D) of para. (h) provide:

d) Voici ensuite le texte des divisions (i)(B) à (D) de l'al. *h)*:

(B) at the time the sample was taken, the medical practitioner took an additional sample of the blood of the accused to permit an analysis of one of the samples to be made by or on behalf of the accused,

(B) la mention qu'au moment du prélèvement de l'échantillon, un autre échantillon du sang de l'accusé a été prélevé pour en permettre une analyse à la demande de celui-ci,

(C) the time when and place where both samples referred to in clause (B) were taken, and

(C) la mention du temps et du lieu où les échantillons mentionnés à la division (B) ont été prélevés,

(D) both samples referred to in clause (B) were received from the accused directly into, or placed directly into, approved containers that were subsequently sealed and that are identified in the certificate

(D) la mention que les échantillons mentionnés à la division (B) ont été reçus directement de l'accusé ou ont été placés directement dans des contenants approuvés, scellés et identifiés dans le certificat . . .

Admissibility of the CA is governed by s. 258(1)(i):

g) La recevabilité du CA est régie par l'al. 258(1)*i)*:

(i) a certificate of an analyst stating that the analyst has made an analysis of a sample of the blood of the accused that was contained in a sealed approved container identified in the certificate, the date on which and place where the sample was analyzed and the result of that analysis is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed it.

i) le certificat de l'analyste déclarant qu'il a effectué une analyse d'un échantillon du sang de l'accusé présent dans un contenant approuvé, scellé et identifié dans le certificat, indiquant le moment, le lieu de l'analyse et le résultat de celle-ci fait foi des faits énoncés dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire.

Finally, the admissibility of both the CA and CQT is made subject to the notification requirement in s. 258(7):

i) Enfin, la recevabilité du CA et du CTQ est assujettie à l'exigence en matière d'avis au par. 258(7):

(7) No certificate shall be received in evidence pursuant to paragraph (1) . . . (h) or (i) unless the party intending to produce it has, before the trial, given to the

(7) Aucun certificat ne peut être reçu en preuve en conformité avec l'alinéa (1) [. . .] *h)* ou *i)*, à moins que la partie qui a l'intention de le produire n'ait, avant le

other party reasonable notice of his intention and a copy of the certificate.

Judgments Below

Provincial Court of Alberta, Reilly Prov. Ct. J., September 21, 1990

Reilly Prov. Ct. J. refused to admit into evidence either the CA or CQT because the CQT had been served on the appellant the day before the trial even though the Crown had the opportunity to serve it on him when the samples were taken. Since only the CQT made any mention of the existence of the second sample, the trial judge held that:

... [the appellant] has never had the written notice that there is a second sample of blood available for him to test. And I find that that does constitute an abrogation of his right to make full answer in [sic] defence and that the—that because of that, Exhibit 2 [CQT] is not properly in evidence and neither is Exhibit 3 [CA] because he has not had the background which would allow him the proper opportunity in that regard. And those two items of evidence are ruled then, to be inadmissible.

The trial judge found as a fact that the accused did not have notice of the second sample before being served with the CQT. Although the appellant had been told of the second sample at the hospital, this did not constitute notice due to his injury and disorientation, and the fact that the oral notice was only a conversation among a whole lot of other conversation.

With the exclusion of the CA the “over 80” charge fell because there was no other evidence of the appellant’s blood alcohol concentration. Ultimately the appellant was acquitted on all charges.

Alberta Court of Appeal (1991), 120 A.R. 360, McClung J.A., Kerans and Egbert J.J.A., concurring

McClung J.A. rejected Egger’s contention that an application in court by the accused for the second sample was a necessary precondition to the

procès, donné à l’autre partie un avis raisonnable de son intention et une copie du certificat.

Les juridictions inférieures

La Cour provinciale de l’Alberta, le juge Reilly, le 21 septembre 1990

Le juge Reilly a refusé de recevoir en preuve le CA ou le CTQ parce que le CTQ avait été signifié à l’appelant la veille de son procès, même si le ministère public avait eu la possibilité de le faire lors du prélèvement des échantillons. Puisque seul le CTQ mentionnait l’existence du second échantillon, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] ... [l’appelant] n’a jamais reçu l’avis écrit qu’il existait un second échantillon de sang qu’il aurait pu faire analyser. De plus, je conclus que cette omission constitue une abrogation de son droit de présenter une défense pleine et entière et que — à cause de cela, la pièce 2 [le CTQ] n’est pas présentée régulièrement en preuve, et c’est le cas également de la pièce 3 [le CA], parce que l’appelant ne disposait pas des renseignements qui lui auraient donné la possibilité suffisante de se défendre. C’est pourquoi, je conclus que ces deux éléments de preuve ne sont pas recevables.

Le juge du procès a tenu pour avéré que l’accusé n’a pas été avisé de l’existence du second échantillon avant qu’on lui ait signifié le CTQ. Bien qu’on lui ait parlé d’un second échantillon à l’hôpital, cela ne constituait pas un avis en raison de sa blessure et de sa désorientation et du fait que l’avis verbal a été donné dans le cadre d’une conversation faisant partie de nombreuses autres.

La décision d’exclure le CA a entraîné le retrait de l’accusation d’alcoolémie de «plus de 80 mg» parce qu’il n’y avait pas d’autres éléments de preuve sur l’alcoolémie de l’appelant. Finalement, l’appelant a été acquitté relativement à toutes les accusations.

La Cour d’appel de l’Alberta (1991), 120 A.R. 360, le juge McClung, avec l’appui des juges Kerans et Egbert

Le juge McClung a rejeté l’argument de l’appelant que la demande de l’accusé au tribunal en ce qui concerne le second échantillon était une condi-

statutory presumption in s. 258(1)(d) of the *Criminal Code*. He held at p. 366 that if the accused were given a right of control over the use of the presumption simply by not requesting the release of one of the samples within three months of their taking, "one suspects that the statutory provisions which guide it might have said so and in explicit terms". McClung J.A. held that such an interpretation went against the legislative intent, and rejected the holding of Lambert J.A. in *R. v. Auja* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), that a request by the accused was a prerequisite for the use of the presumption. He concluded at p. 368 that s. 258(1)(d) does not endow the accused with "a silent veto over the later use of certificate evidence arising from the analysis of the first sample".

McClung J.A., at p. 367, rejected as speculation the trial judge's finding of fact that the accused might not have understood the oral notice police gave him concerning the second sample immediately after the accident:

I think the following facts are relevant. Egger was told, after inquiry, of the availability of the second sample for his use or that of his lawyer. The judge speculated that he might not have understood this but Egger did not say that. This all took place on March 24, 1989, [sic], at the Calgary General Hospital and before the samples were taken. On May 22, 1990 he was served with a Certificate of Analysis which told him of the results of the analysis as well as its intended use at his trial. That trial took place on September 21, 1990, some four months later, a period within which it was not unreasonable for him to obtain the second sample if he disputed the accuracy of the laboratory analysis of the first sample. Clearly Egger was served with the Certificate of Analysis within the three month window set out in s. 258(1)(d)(i). On the proven facts I do not see that Egger was either unfairly treated (apart from his unnecessary arrest) or left uninformed about what he was facing from the Crown.

tion préalable nécessaire à l'application de la présomption prévue à l'al. 258(1)d) du *Code criminel*. Il a conclu, à la p. 366, que si l'accusé avait le contrôle de l'application de la présomption simplement en n'exigeant pas la remise de l'un des échantillons dans les trois mois de leur prélèvement, [TRADUCTION] «on pourrait croire que les dispositions législatives qui la régissent l'auraient prévu de façon explicite». Le juge McClung a déterminé qu'une telle interprétation irait à l'encontre de l'intention du législateur et a rejeté la conclusion du juge Lambert dans *R. c. Auja* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.), selon laquelle la demande de l'accusé était une condition préalable à l'application de la présomption. Il a conclu, à la p. 368, que l'al. 258(1)d) ne confère pas à l'accusé [TRADUCTION] «un veto silencieux sur l'utilisation ultérieure comme preuve du certificat découlant de l'analyse du premier échantillon».

Le juge McClung a rejeté comme pure hypothèse, à la p. 367, la conclusion de fait du juge du procès que l'accusé pouvait ne pas avoir compris l'avis verbal que le policier lui a donné immédiatement après l'accident concernant le second échantillon de sang:

[TRADUCTION] À mon avis, les faits suivants sont pertinents. Egger a été mis au courant, après qu'il l'eut demandé, de la possibilité pour son avocat ou pour lui-même d'utiliser le second échantillon. Le juge a présumé qu'Egger pouvait ne pas l'avoir compris mais ce dernier ne l'a pas dit. Ces événements se sont produits le 24 mars 1989 [sic] au Calgary General Hospital et avant le prélèvement des échantillons. Le 22 mai 1990, un certificat d'analyse lui a été signifié qui lui faisait part des résultats de l'analyse et de l'utilisation qui en serait faite lors de son procès. Ce procès a eu lieu le 21 septembre 1990, environ quatre mois plus tard, une période pendant laquelle il aurait raisonnablement pu obtenir le second échantillon s'il contestait la précision de l'analyse en laboratoire du premier. De toute évidence, le certificat d'analyse a été signifié à Egger dans le délai de trois mois prévu au sous-al. 258(1)d)(i). Il ne ressort pas des faits qui ont été démontrés qu'Egger a été traité injustement (exception faite de son arrestation inutile) ou qu'il n'a pas été informé des accusations que le ministère public retenait contre lui.

Point in Issue

The issue in this appeal is the proper interpretation of subpara. (i) of s. 258(1)(d). As indicated at the outset, two questions arise for determination. First, what must the prosecution disclose to the accused, and when must it do so, in order to have the benefit of the presumption? Second, what, if any, action by the accused to obtain the second sample is necessary before the presumption is available?

Analysis

Before dealing with these questions, two preliminary points should be resolved.

1. *The Appellant Did Not Have Notice of the Second Sample*

The trial judge found as a fact that before the service of the CQT, the appellant did not receive notice so as to make him aware that a second sample was taken which was available for testing by him or on his behalf. The Court of Appeal overturned this finding of fact. It was not empowered to do so, however. The Crown's appeal to the Court of Appeal from the acquittal of the appellant was limited to questions of law alone: *Criminal Code*, s. 676(1)(a). There is no suggestion that the trial judge's finding amounted to an error of law. Since there was evidence which, if accepted, supported this finding, it could not be characterized as speculation. Therefore, I must proceed on the basis that the accused had no notice of the availability of the second sample until the day before his trial.

2. *Availability of the Presumption and Admissibility of the Certificates*

As I observed when setting out the relevant statutory provisions above, the availability of the presumption and the admissibility of the CA and CQT as evidence are two separate questions. The admissibility of the CA and CQT does not depend on meeting the conditions for the presumption. Unfortunately, there appears to be some confusion of the

La question en litige

La question soulevée en l'espèce porte sur la bonne interprétation du sous-al. (i) de l'al. 258(1)d). Comme je l'ai indiqué au début, il faut trancher deux questions. Premièrement, qu'est-ce que la poursuite doit révéler à l'accusé, et à quel moment doit-elle le faire, pour pouvoir jouir de l'avantage de la présomption? Deuxièmement, le cas échéant, quelle mesure l'accusé doit-il prendre pour obtenir le second échantillon avant que la présomption ne s'applique?

Analyse

Avant de traiter ces questions, il convient de trancher deux points préliminaires.

1. *L'appellant n'a pas été avisé de l'existence du second échantillon*

Le juge du procès a tenu pour avéré que, avant la signification du CTQ, l'appellant n'avait pas reçu d'avis qui l'aurait mis au courant du prélèvement d'un second échantillon qu'il aurait pu utiliser pour l'analyser ou le faire analyser. La Cour d'appel a infirmé cette conclusion de fait. Toutefois, elle n'avait pas le pouvoir de le faire. L'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'appellant était limité à des questions de droit seulement: *Code criminel*, al. 676(1)a). Rien ne donne à entendre que la conclusion du juge du procès équivalait à une erreur de droit. Comme il y avait des éléments de preuve qui, s'ils avaient été admis, auraient appuyé cette conclusion, celle-ci ne pouvait être qualifiée d'hypothèse. Par conséquent, je dois me fonder sur le fait que l'accusé n'a pas été avisé de la disponibilité du second échantillon avant la veille de son procès.

2. *Disponibilité de la présomption et recevabilité des certificats*

Comme je l'ai fait remarquer lorsque j'ai exposé précédemment les dispositions législatives pertinentes, la disponibilité de la présomption et la recevabilité du CA et du CTQ à titre de preuve sont deux questions distinctes. La recevabilité du CA et du CTQ ne dépend pas du fait que les conditions en matière de présomption ont été remplies.

two issues, and this is particularly apparent in the decisions below in the present case. McClung J.A. appears to have equated unavailability of the presumption with inadmissibility of the CQT when he said, at pp. 364-65:

If we were to read s. 258(1)(d)(i) as [counsel for the appellant Egger] urges, the blood samples and evidence of their content, although patently relevant to the case, could not be evidence unless the accused had firstly, requested release of one of the samples within three months of their taking and, secondly, that the release had been ordered by a court under s. 258(4).

Admissibility of the certificates of analysis and qualified technician, on the contrary, is governed by ss. 258(7), which says that they are admissible if reasonable notice of the intent to produce them and copies of them are given to the accused, and ss. 258(1)(h)(iii) (CQT) and 258(1)(i) (CA) which say that the certificates are evidence of the factual allegations therein without formal proof of the authenticity of the documents.

Notice of the Crown's intention to introduce the CQT, and a copy thereof, were only given to the appellant on the afternoon of the day before the trial. The respondent notes that two days' notice has been held reasonable (*R. v. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499 (N.S.C.A.) (dealing with production of a CA in a breathalyser case)). The trial judge held that the appellant was not given reasonable notice of the CQT, and in arriving at this conclusion he stressed the facts that the usual practice of serving the CQT or CQMP at the time the sample is taken was not followed, and that the Crown failed without excuse to use the ample subsequent opportunity to execute and serve the certificate well in advance of the trial. This finding is supported in the evidence and it was well within the trial judge's judicial discretion to find that service of the CQT the afternoon before the trial did not in the circumstances constitute reasonable notice as required by s. 258(7). The trial judge's ruling that the CQT was inadmissible should therefore be restored. This makes no practical difference to the

Malheureusement, il paraît y avoir entre les deux questions, une certaine confusion qui ressort particulièrement des décisions des tribunaux d'instance inférieure en l'espèce. Le juge McClung paraît avoir fait correspondre la non-disponibilité de la présomption avec la non-recevabilité du CTQ lorsqu'il a dit, aux pp. 364 et 365:

[TRADUCTION] Si l'on devait interpréter le sous-al. 258(1)(d)(i) comme le soutient [l'avocat de l'appellant Egger], les échantillons de sang et la preuve de leur composition, bien que manifestement pertinents en l'espèce, ne pourraient constituer des éléments de preuve à moins que l'accusé n'ait d'abord demandé la remise de l'un des échantillons dans les trois mois de leur prélèvement et, deuxièmement, que la remise n'ait été ordonnée par un tribunal aux termes du par. 258(4).

La recevabilité des certificats d'analyse et de ceux d'un technicien qualifié, au contraire, est régie par le par. 258(7), selon lequel ils sont recevables si un avis raisonnable de l'intention de les produire est donné à l'accusé ainsi que des copies de ceux-ci, et par le sous-al. 258(1)(h)(iii) (CTQ) et l'al. 258(1)(i) (CA) selon lesquels les certificats font foi des allégations de fait sans preuve formelle de l'authenticité des documents.

L'avis de l'intention du ministère public de présenter le CTQ, et une copie de celui-ci, n'ont été donnés à l'appellant que dans l'après-midi qui a précédé le jour du procès. L'intimée fait remarquer qu'un délai de deux jours a été jugé raisonnable (*R. c. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499 (C.A.N.-É.) (qui traite de la production d'un CA dans une affaire d'ivressomètre)). Le juge du procès a conclu que l'appellant n'a pas eu un avis suffisant du CTQ et, en arrivant à cette conclusion, il a souligné le fait que la pratique habituelle de la signification du CTQ ou du CMQ au moment du prélèvement n'a pas été suivie et que le ministère public a omis, sans excuse, de signifier le certificat dans le délai amplement suffisant bien avant le procès. Cette conclusion est appuyée par la preuve, et le juge du procès pouvait très bien en vertu de son pouvoir discrétionnaire conclure que la signification du CTQ l'après-midi qui a précédé le procès ne constituait pas dans les circonstances un avis raisonnable aux termes du par. 258(7). Par conséquent, il convient de rétablir la décision du juge du

outcome, though, since the qualified technician testified at the trial.

The CA is a different story, however. It was served long in advance of the trial, and there is no reason to doubt its admissibility. The trial judge cited no independent ground for excluding it. Rather, it was excluded directly on the heels of the CQT. The admissibility of the two documents should have been considered separately. Service of the CA four months before the trial constituted, in my view, reasonable notice, and the trial judge thus erred in excluding the CA.

It was necessary for the sake of clarifying the issues to deal with these questions of admissibility at the outset. I must re-emphasize that my holding on the admissibility of the certificate evidence has no influence on the availability of the statutory presumption in s. 258(1)(d), which is the main issue in this appeal and to which I now turn. I will return to the implications of my holdings on admissibility at the conclusion of my reasons.

3. *The First Issue: Notice Requirements of Section 258(1)(d)(i)*

The Crown submitted that s. 258(1)(d) does not require that the accused be advised in writing or by any other means of the existence of a second sample which is available for independent examination at his or her request within three months of the time the sample was taken. While the accused has the right to production of the sample on request within three months, Crown counsel argued that nothing requires the Crown to tell the accused of this right. The Court of Appeal held that having been charged and served with the CA within the three months, and in light of the other circumstances, the appellant was aware of the Crown's intentions and the presumption was available.

The interpretation of s. 258(1)(d) must be approached keeping in mind the accused's right to

procès selon laquelle le CTQ n'était pas recevable. Toutefois, une telle conclusion n'entraîne pratiquement pas de différence quant au résultat parce que le technicien qualifié a témoigné au procès.

Toutefois, la situation est différente en ce qui a trait au CA. Il a été signifié bien avant le procès et il n'y a aucun motif de douter de sa recevabilité. Le juge du procès n'a cité aucun motif distinct pour l'exclure. Il a plutôt été exclu directement à la suite du CTQ. La recevabilité des deux documents aurait dû être examinée séparément. La signification du CA quatre mois avant le procès constituait, à mon avis, un avis raisonnable et, par conséquent, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il l'a exclu.

Il était nécessaire pour clarifier les questions en litige de traiter d'abord de ces questions de recevabilité. Je dois souligner à nouveau que ma conclusion sur la recevabilité de la preuve par certificat n'a pas d'influence sur la possibilité de faire valoir la présomption prévue à l'al. 258(1)(d), qui constitue la question principale dans le présent pourvoi et que j'examine maintenant. Je reviendrai aux conséquences de mes conclusions sur la recevabilité à la fin de mes motifs.

3. *La première question: les exigences du sous-al. 258(1)(d)(i) en matière d'avis*

Le ministère public soutient que l'al. 258(1)(d) n'exige pas que l'accusé soit avisé par écrit, ou par tout autre moyen, de l'existence d'un second échantillon de sang qu'il peut demander dans les trois mois de la date du prélèvement pour le faire analyser. Bien que l'accusé ait le droit qu'on lui remette l'échantillon sur demande dans un délai de trois mois, le substitut du procureur général a soutenu que le ministère public n'est pas tenu de faire part à l'accusé de ce droit. La Cour d'appel a conclu que, comme l'appelant a été accusé et qu'on lui a signifié le CA dans le délai de trois mois, et compte tenu des autres circonstances, il était au courant des intentions du ministère public et la présomption pouvait être invoquée.

On doit interpréter l'al. 258(1)(d) en se rappelant que l'accusé a droit à une défense pleine et entière.

make full answer and defence. It must be interpreted, where reasonably possible, in accordance with the principle underlying this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, that the Crown has a duty to disclose to the accused all information reasonably capable of affecting the accused's ability to make full answer and defence, and to do so early enough to leave the accused adequate time to take any steps he or she is expected to take that affect or may affect such right. This obligation has constitutional underpinnings deriving from s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which reflect

the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. [*Stinchcombe, supra*, at p. 336.]

The Crown's disclosure obligation is subject to a discretion, the burden of justifying the exercise of which lies on the Crown, to withhold information which is clearly irrelevant or the nondisclosure of which is required by the rules of privilege, or to delay the disclosure of information out of the necessity to protect witnesses or complete an investigation: *Stinchcombe, supra*, at pp. 335-36, 339-40. As was said in *Stinchcombe, supra*, at p. 340, "[i]nasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule".

The trial judge reviewing the Crown's disclosure decisions, and by backward extension the Crown itself in exercising its discretion,

should be guided by the general principle that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and

L'interprétation doit, lorsque c'est raisonnablement possible, être conforme au principe qui sous-tend l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, selon lequel le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur sa capacité d'avoir une défense pleine et entière, et de le faire assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures qu'il est susceptible de prendre et qui ont un effet sur ce droit ou peuvent en avoir un. Cette obligation a des fondements constitutionnels qui découlent de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui font ressortir

la crainte prépondérante que la non-divulgence n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [*Stinchcombe, précité*, à la p. 336.]

L'obligation de divulgation qu'a le ministère public est assujettie à un pouvoir discrétionnaire, dont la justification lui incombe, de retenir les renseignements qui, de toute évidence, ne sont pas pertinents ou dont la non-divulgence est exigée par les règles en matière de privilège, ou de retarder la divulgation de renseignements lorsque cela est nécessaire pour protéger des témoins ou pour terminer une enquête: *Stinchcombe, précité*, aux pp. 335 et 336, 339 et 340. Ainsi qu'on le souligne dans cet arrêt à la p. 340, «[c]omme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle».

Le juge du procès qui effectue un contrôle des décisions du ministère public en matière de divulgation, et par extension, du ministère public lui-même dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire,

doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgence porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une

defence, unless the non-disclosure is justified by the law of privilege. [*Stinchcombe*, at p. 340.]

One measure of the relevance of information in the Crown's hands is its usefulness to the defence: if it is of some use, it is relevant and should be disclosed—*Stinchcombe*, *supra*, at p. 345. This requires a determination by the reviewing judge that production of the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise in making a decision which may affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence.

Finally, as to the timing of disclosure, the Court held in *Stinchcombe* that initial disclosure should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or to plead. The reason for this was that "[t]hese are crucial steps which the accused must take which affect his or her rights in a fundamental way" (at p. 342). This reasoning does not apply just to the fundamental steps of election or pleading, but to any situation in which the accused is expected to take steps which affect or may affect his or her right to make full answer and defence. The Crown's disclosure obligation in such circumstances extends at least to the disclosure of information which is relevant and necessary for the accused to make a decision whether or not to take such steps.

Applying the foregoing principles to the interpretation of the statutory presumption in s. 258(1)(d), the legislation requires, in my view, that the accused have knowledge of the charge against him or her, the analysis evidence upon which the Crown intends to rely and the existence of a second sample available for testing by him before the presumption becomes available. This holding is a natural extension of the existing case law and is necessary to make the accused's statutory right to demand the second sample meaning-

défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgateion ne se justifie par le droit au secret. [*Stinchcombe*, précité, à la p. 340.]

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense: s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué—*Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

Enfin, en ce qui concerne le moment de la divulgation, la Cour a jugé dans l'arrêt *Stinchcombe* que la communication initiale de la preuve devrait avoir lieu avant que l'accusé ne soit appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer. Le motif à l'appui de cette position était que «[c]e sont des mesures cruciales que doit prendre l'accusé et qui influent de façon fondamentale sur ses droits» (aux pp. 342 et 343). Ce raisonnement ne s'applique pas seulement aux étapes fondamentales du choix ou du plaidoyer, mais à toute situation dans laquelle l'accusé est susceptible de prendre des mesures qui pourraient avoir un effet sur son droit à une défense pleine et entière. L'obligation de communication du ministère public dans de telles circonstances s'applique au moins à la divulgation de renseignements qui sont pertinents et nécessaires pour que l'accusé puisse décider de prendre ou non ces mesures.

Si l'on applique les principes qui précèdent à l'interprétation de la présomption prévue à l'al. 258(1)d), à mon avis, cette disposition exige que l'accusé soit au courant de l'accusation qui est portée contre lui, de l'analyse que le ministère public a l'intention de présenter comme preuve et de l'existence d'un second échantillon qu'il peut soumettre à une analyse, avant que la présomption puisse être invoquée. Cette conclusion découle naturellement de la jurisprudence actuelle et est nécessaire pour donner un sens au droit qu'a l'ac-

ful. The statutory right to demand and have production of the second sample is contained in s. 258(1)(d)(i) and (4), reproduced above. The right to obtain the second sample is a reflection of the concern of Parliament both with regard to the potential conclusiveness of this form of evidence and its source. The combined operation of the various statutory provisions relating to impaired driving often results in the conviction of the accused on the basis of several certificates. The basis of these certificates is a body substance emanating from the accused. Since a certificate cannot be cross-examined, the only line of defence is the ability on the part of the accused to conduct his or her own test of the sample. The right to a sample must, therefore, have been intended to be a meaningful right to be exercised or waived on the basis of relevant basic information.

The case law has developed in this direction. In *R. v. Auja*, *supra*, the majority of the British Columbia Court of Appeal held that the Crown could not rely on the presumption where, although a Certificate of Qualified Medical Practitioner (CQMP) was served on the accused when the samples were taken, the CA and the summons were not served within three months. The CQMP serves basically the same purpose as the CQT, depending on whether a nurse or a doctor draws the blood samples. Like the CQT, the CQMP states, *inter alia*, that there is a second sample available to the accused. Taggart J.A. held at p. 487 (Toy J.A., concurring) that:

Section 241(1)(d) [258(1)(d)] imposes no obligations on the [accused]. If the person from whom the two samples of blood are taken wishes to have one of them analyzed he must act under s. 241(4) [258(4)] within three months of the taking of the samples. As I view the matter, his decision to do so must be one made on the basis of information as to what, if any, charges he faces and what, if any, evidence by way of an analyst's certificate is relied on by the Crown as supporting its allegations.

cusé, prévu dans la loi, de demander le second échantillon. Ce droit est prévu au sous-al. 258(1)d(i) et au par. (4), reproduits précédemment. Le droit d'obtenir le second échantillon représente la préoccupation du législateur à l'égard du caractère probant possible de cette forme de preuve et de la source de celle-ci. L'application combinée des diverses dispositions législatives relatives à la conduite avec facultés affaiblies entraîne souvent la déclaration de culpabilité de l'accusé sur le fondement de plusieurs certificats. Ces certificats portent sur une substance corporelle qui provient de l'accusé. Étant donné qu'un certificat ne peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire, le seul moyen de défense pour l'accusé est la possibilité de faire effectuer sa propre analyse de l'échantillon. Par conséquent, le droit d'obtenir un échantillon doit avoir été conçu comme un droit important qui peut être exercé ou auquel il est possible de renoncer sur le fondement de renseignements de base pertinents.

La jurisprudence a évolué dans ce sens. Dans l'arrêt *R. c. Auja*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a conclu que le ministère public ne pouvait pas se fonder sur la présomption lorsque le CA et l'assignation n'ont pas été signifiés dans les trois mois, même si le certificat d'un médecin qualifié (CMQ) a été signifié à l'accusé au moment du prélèvement. Le CMQ a pratiquement le même but que le CTQ, selon que c'est un infirmier ou un médecin qui a effectué le prélèvement des échantillons de sang. Le CMQ, comme le CTQ, indique notamment que l'accusé peut obtenir un second échantillon. Le juge Taggart a conclu (avec l'appui du juge Toy), à la p. 487:

[TRADUCTION] L'alinéa 241(1)d) [258(1)d)] n'impose aucune obligation à [l'accusé]. La personne de qui les deux échantillons ont été prélevés qui veut en faire analyser un doit agir, en application du par. 241(4) [258(4)], dans les trois mois du prélèvement. Selon mon interprétation de la question, la décision de cette personne doit être prise sur le fondement de renseignements concernant les accusations portées contre lui, s'il y a lieu, et les éléments de preuve constitués par le certificat de l'analyste sur lesquels, le cas échéant, se fonde le ministère public pour appuyer ses allégations. Avant d'avoir

Until he has such information he cannot make an informed decision.

In *R. v. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229 (Ont. C.A.), the Ontario Court of Appeal agreed with Taggart J.A. In that case the accused was not served with the summons, CA or CQMP within the three-month period and, even though the delay was for compassionate reasons, the Crown was denied the presumption for the following reasons at pp. 237-38:

Given the factual circumstances of this case, as the summary conviction appeal court judge properly concluded, the respondent cannot be said to have received notice either of the charges that had been or were to be brought against him, or of the analyst's certificate in support of those charges upon which the Crown intended to rely as evidence, before the expiration of the period during which the statutory right to production must be exercised.

In my opinion, the respondent was not obliged to decide in advance of such notification whether or not to request a blood sample. At that stage, he had no practical reason to make such a request, and could not reasonably be expected to do so. A decision of this nature will realistically depend on an accused's knowledge of the precise charges he or she faces and the certificate evidence upon which the Crown proposes to rely. The fact that service of the summons or the certificate may have been delayed for compassionate reasons seems to me immaterial in construing provisions of a penal statute which confer rights on an accused that can only be exercised within a specific time period. Since that time period had passed before the respondent in this case was made aware of the charges against him and the certificate evidence upon which the Crown relied, and since he, therefore, was not in a position within the three-month period set by the *Code* to make an informed decision on whether to exercise his right to request production of one of his blood samples, he was effectively denied the opportunity of invoking the procedure required to obtain the mandatory release of the sample to which he was clearly entitled under s. 258(1)(d).

The court rejected the Crown's argument that this holding would place an effective three-month limitation period on "over 80" charges. As the court held in that case, these requirements only affect the

obtenu ces renseignements, cette personne ne peut prendre une décision éclairée.

Dans l'arrêt *R. c. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229 (C.A. Ont.), la Cour d'appel de l'Ontario a exprimé son accord avec le juge Taggart. Dans cet arrêt, l'assignation, le CA ou le CMQ n'ont pas été signifiés à l'accusé dans la période de trois mois et, même si le retard résultait de motifs d'ordre humanitaire, le ministère public n'a pas pu faire valoir la présomption pour les motifs suivants (aux pp. 237 et 238):

[TRADUCTION] Compte tenu des faits de l'espèce, comme le juge de la Cour d'appel des poursuites sommaires l'a conclu à bon droit, on ne peut dire que l'intimé a reçu une signification des accusations qui ont été portées contre lui ou devaient l'être ni du certificat de l'analyste à l'appui de ces accusations que le ministère public avait l'intention de présenter comme preuve, avant l'expiration de la période au cours de laquelle le droit à la remise prévu par la loi doit être exercé.

À mon avis, l'intimé n'était pas tenu, avant de recevoir un tel avis, de décider s'il devait ou non demander un échantillon de sang. À ce stade, il n'avait aucune raison pratique de le faire et on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il le fasse. De façon réaliste, une telle décision dépend de la connaissance qu'a l'accusé des accusations précises portées contre lui et de la preuve par certificat sur laquelle le ministère public envisage de se fonder. Le fait que la signification de l'assignation ou du certificat ait pu être retardée pour des motifs d'ordre humanitaire ne me semble pas important pour interpréter les dispositions d'une loi à caractère pénal qui confèrent des droits à un accusé qui ne peuvent être exercés que dans un délai précis. Comme le délai s'est écoulé en l'espèce avant que l'accusé ait été avisé des accusations portées contre lui et de la preuve par certificat sur laquelle le ministère public s'est fondé, et puisque, par conséquent, il n'était pas en mesure, dans le délai de trois mois prévu par le *Code*, de décider en pleine connaissance de cause s'il devait exercer son droit de demander la remise de l'un des échantillons de son sang, on lui a en fait, nié la possibilité d'invoquer la procédure prévue pour obtenir la remise obligatoire de l'échantillon auquel il avait clairement droit aux termes de l'al. 258(1)d).

La cour a rejeté l'argument du ministère public que cette décision imposerait un délai de prescription strict de trois mois dans le cas des accusations d'alcoolémie de «plus de 80 mg». Comme la cour

availability of the presumption (see pp. 238-39). They do not affect admissibility of the certificate evidence and thus do not preclude the successful prosecution of "over 80" charges in the event that the presumption is unavailable.

The case of *R. v. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53 (C.A.), is not inconsistent with these principles. There the accused was tried within three months, after having been served with the summons, CA and CQT. He argued that the presumption could not arise because the three months in which he could apply for the second sample had not expired and he had not yet requested the sample. That contention was rejected. Putting the facts of the case in terms of the requirements enunciated in the above cases, the accused had notice of the charges and the certificate evidence and thus had the opportunity to make an informed decision. His failure to choose to demand the sample should not deprive the Crown of the presumption, a point which I will discuss further below.

The Court of Appeal in this case did not dispute the correctness of these principles, but actually cited them with approval. McClung J.A. held that the presumption's notification conditions were satisfied in this case, in that the appellant was served with the summons and the CA within the three-month period and that in any event he did have actual knowledge of the availability of the second sample by virtue of his discussion with the constable at the hospital. As I have held that the trial judge's finding that the appellant did not have notice of the second sample should not be disturbed, the question is reduced to whether notice of the charges and the analyst's certificate within the three months is sufficient to allow the Crown the benefit of the statutory presumption.

l'a conclu dans cet arrêt, ces exigences ne touchent que la possibilité d'invoquer la présomption (voir les pp. 238 et 239). Elles n'ont pas d'effet sur la recevabilité de la preuve par certificat et, par conséquent, elles n'empêchent pas de poursuivre avec succès les accusations d'alcoolémie de «plus de 80 mg» dans le cas où on ne peut faire valoir la présomption.

a

L'arrêt *R. c. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53 (C.A.) est conforme à ces principes. Dans cette affaire, l'accusé a subi son procès dans un délai de trois mois après avoir reçu la signification de l'assignation, du CA et du CTQ. Il a soutenu que la présomption ne pouvait pas être appliquée parce que le délai de trois mois à l'intérieur duquel il pouvait demander le second échantillon n'avait pas pris fin et qu'il n'avait pas encore demandé l'échantillon. Cet argument a été rejeté. Si l'on examine les faits de l'espèce au regard des exigences énoncées dans les arrêts mentionnés précédemment, l'accusé avait été avisé des accusations et de la preuve par certificat et avait donc eu la possibilité de prendre une décision éclairée. Le fait qu'il n'a pas demandé l'échantillon ne devrait pas priver le ministère public de la possibilité de faire valoir la présomption, un point que j'examinerai plus loin.

b

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas contesté la justesse de ces principes, mais les a, en fait, cités en les approuvant. Le juge McClung a conclu que les conditions en matière d'avis relatives à la présomption ont été respectées en l'espèce, parce que l'assignation et le CA ont été signifiés à l'appelant à l'intérieur du délai de trois mois et que, de toute façon, il savait, par suite de sa conversation avec l'agent à l'hôpital, qu'il pouvait demander le second échantillon. Comme j'ai conclu qu'il ne fallait pas modifier la décision du juge du procès que l'appelant n'avait pas été mis au courant de l'existence du second échantillon, la question se résume à déterminer si la signification des chefs d'accusation et du certificat de l'analyste dans les trois mois est suffisante pour permettre au ministère public d'invoquer la présomption prévue par la loi.

c

d

e

f

g

h

i

j

I conclude that service of the CA and notice of the precise charges are not exhaustive of the notice requirements under s. 258(1)(d). The rationale behind the holdings in *Aujla* and *Montgomery*, *supra*, is that the accused must have sufficient information to make an informed decision as to the exercise of the right to demand the second sample. In *Aujla* the accused had already been served with the CQMP so the issue of the effect of absence of notice of the second sample did not arise. In *Montgomery*, none of the relevant information had been communicated to the accused, and the failure to serve the CA and summons was a sufficient ground for the holding in that case. Neither case precludes, in my view, holding that the accused must know that there is a sample available to him or her in order to exercise his or her right intelligently. Indeed, such knowledge is basic to the right: how can the accused make an informed decision without knowledge of the existence of the very thing to which he or she has a right of access? If the accused is unaware of the existence of the sample, the very purpose of his or her statutory right — to give him or her the benefit of independent analysis is, as the appellant submits, thwarted.

What is required, then, for the presumption of the blood alcohol level at the time of driving to arise (subject to satisfaction of the other conditions spelled out in s. 258(1)(d)), is that the accused have notice within the three-month window that he or she is charged with an impaired driving offence, that the Crown has had a sample of the accused's blood analyzed and that a second sample was taken and is available to permit an analysis of it by or on behalf of the accused. To put it more simply, the accused must have notice that a second sample is available for testing and that there is reason (consisting in the jeopardy of criminal charges and the results of the Crown's blood sample analysis) to obtain it. Service of the CA and summons do not meet this requirement because neither document refers to the existence or availability for testing of the second sample.

Je suis d'avis que la signification du CA et des chefs d'accusation précis ne satisfait pas entièrement aux exigences en matière d'avis que prévoit l'al. 258(1)d). Le raisonnement qui sous-tend les arrêts *Aujla* et *Montgomery*, précités, est que l'accusé doit avoir suffisamment de renseignements pour prendre une décision éclairée quant à l'exercice du droit de demander le second échantillon. Dans l'arrêt *Aujla*, l'accusé avait déjà reçu la signification du CMQ de manière qu'il n'a pas soulevé l'effet de l'absence d'avis relatif au second échantillon. Dans l'arrêt *Montgomery*, l'accusé n'avait reçu aucun des renseignements pertinents et le défaut de signifier le CA et l'assignation constituait une justification suffisante de la conclusion dans cette affaire. À mon avis, ces arrêts n'empêchent pas de conclure que, pour exercer son droit de façon intelligente, l'accusé doit savoir qu'il peut obtenir un échantillon. En fait, une telle connaissance est fondamentale à l'exercice du droit: comment l'accusé peut-il prendre une décision éclairée sans connaître l'existence de la chose même qu'il peut demander? Si l'accusé n'est pas au courant de l'existence de l'échantillon, le but véritable de ce droit que confère la loi — d'avoir l'occasion d'effectuer une analyse indépendante — est, comme le soutient l'appelant, contrecarré.

Alors, pour que la présomption de l'alcoolémie au moment de la conduite s'applique (sous réserve du respect des autres conditions que prévoit l'al. 258(1)d)), il est nécessaire que l'accusé soit mis au courant dans la période de trois mois qu'il est accusé de conduite avec facultés affaiblies, que le ministère public a effectué une analyse d'un échantillon de son sang et qu'un autre échantillon a été prélevé qui peut être analysé par lui ou pour son compte. Plus simplement, l'accusé doit savoir qu'il existe un second échantillon de sang à partir duquel il peut faire effectuer une analyse et qu'il y a des motifs (qui sont la possibilité d'accusations criminelles et les résultats de l'analyse d'un échantillon de sang par le ministère public) pour l'obtenir. La signification du CA et de l'assignation ne satisfait pas à cette exigence parce que ces documents ne mentionnent pas l'existence du second échantillon ni le fait qu'il peut être analysé.

This is consonant with the Crown's disclosure obligation as enunciated in *Stinchcombe, supra*. The existence and availability for testing of the second sample is clearly information that is reasonably capable of being used to test the Crown's case. Indeed, in this type of case, it is a statutory substitute for the right which would otherwise exist to cross-examine an expert witness. The accused is placed in a situation in which he or she is expected to take steps which affect or may affect his or her right to make full answer and defence: within the three-month period the accused may demand production as of right of a blood sample which may provide evidence to rebut the presumption in s. 258(1)(d). Moreover, an interpretation of the legislation favouring early disclosure of the availability of the sample is consistent with another point made in *Stinchcombe, supra*, at p. 334: in a significant portion of cases, access to the second sample will save time and expense by demonstrating the strength or weakness of the Crown's case and encouraging guilty pleas or withdrawal of charges, as the case may be.

Furthermore, it was suggested in argument that the accused's right to make full answer and defence might be irreparably prejudiced if the accused were not notified of the existence of the second sample before the three months pass by, since after that time the Crown may destroy the samples: *Corning, supra*, at p. 54. The *Code* only requires the second sample to be retained for three months, after which time the accused does not have a statutory right of access to it and there is no further statutory obligation to retain it. There may, however, be an obligation to retain the sample beyond the three-month period based on the disclosure requirement resulting from *Stinchcombe* referred to above. Accordingly, if the sample is retained for a longer period, the accused may be able to move for production of it in the discretion of a judge under s. 605(1) of the *Code*, which

Cette situation est conforme à l'obligation de divulgation du ministère public énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité. De toute évidence, l'existence du second échantillon et la possibilité de l'analyser sont, de toute évidence, des renseignements qui peuvent raisonnablement être utilisés pour vérifier le bien-fondé des arguments du ministère public. En fait, dans ce genre d'affaire, il s'agit d'un remplacement prévu par la loi du droit qui existerait autrement de contre-interroger un témoin expert. L'accusé est placé dans une situation dans laquelle on s'attend à ce qu'il prenne des mesures qui ont un effet réel ou éventuel sur son droit à une défense pleine et entière: dans le délai de trois mois, l'accusé peut demander de plein droit la remise d'un échantillon de sang susceptible de constituer une preuve pour réfuter la présomption que prévoit l'al. 258(1)d). Qui plus est, une interprétation de la disposition législative favorable à la communication hâtive de la possibilité d'utiliser le second échantillon correspond à un autre argument soulevé dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 334: dans un grand nombre de cas, l'accès au second échantillon permettra d'épargner du temps et de l'argent par la démonstration de la force ou de la faiblesse des arguments du ministère public et par l'incitation à enregistrer un plaidoyer de culpabilité ou le retrait des accusations, selon le cas.

Qui plus est, on prétend qu'il pourrait être porté atteinte d'une manière irréparable au droit de l'accusé à une défense pleine et entière si celui-ci n'était pas avisé de l'existence du second échantillon dans le délai de trois mois car, après ce délai, le ministère public peut détruire les échantillons: *Corning*, précité, à la p. 54. Le *Code* exige seulement que le second échantillon soit gardé pendant trois mois; après ce délai, l'accusé n'a plus de droit légal de l'utiliser et la loi n'exige plus qu'il soit gardé. Toutefois, il peut exister une obligation de le garder au delà du délai de trois mois sur le fondement de l'exigence en matière de divulgation mentionnée précédemment qui découle de l'arrêt *Stinchcombe*. En conséquence, si l'échantillon est gardé pendant une plus longue période, l'accusé peut en demander la remise, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge, aux termes du

allows for the release of exhibits for examination and testing: see, e.g., *R. v. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222 (Man. Prov. Ct.). An ordinary production request or an application for *Charter* relief may also be available. This does not mean that these alternative remedies can be relied on by the Crown as a substitute for notice of the second sample. In this regard, I would adopt the reasoning of Robins J.A. in *Montgomery, supra*, at p. 238, with respect to the significance on the rights of the accused of other remedies:

While the respondent is not necessarily without a remedy once the three-month period expires, s. 258(1)(d)(i) and (4) provide a summary procedure by which he, as a person from whom blood samples have been lawfully taken, may obtain mandatory production of a sample to allow for independent examination or analysis. He was entitled to avail himself of the procedure established by these sections for the benefit of an accused charged under s. 253, and was not required to resort to other means in order to obtain the sample to which he was statutorily entitled.

If an accused is given timely notice of the existence of a second sample, as provided in these reasons, absent special circumstances, any disclosure requirement based on *Stinchcombe* would be satisfied and failure on the part of the accused to exercise the right to request production within the three-month period would foreclose any complaint that the prosecution was unable to produce the sample by reason of its destruction following the expiry of the three-month period.

With respect to the requirement to notify the accused within the three-month period of the existence of the second sample, the most appropriate and convenient way to notify the accused is by service of the CQT (or CQMP, as the case may be), which states that the qualified technician "took an additional sample of the blood of the said person to permit an analysis of one of the samples to be made by or on behalf of this person" (to quote from the CQT the appellant received). I would

par. 605(1) du *Code*, qui permet la remise des pièces aux fins d'épreuve ou d'examen: voir par ex. *R. c. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222 (C. prov. Man.). Une demande ordinaire de remise ou une demande en vue d'obtenir un redressement prévu par la *Charte* est également possible. Cela ne signifie pas que le ministère public peut compter sur ces autres redressements pour remplacer l'avis relatif au second échantillon. À cet égard, je ferais mien le raisonnement du juge Robins dans l'arrêt *Montgomery*, précité, en ce qui concerne la portée des autres redressements sur les droits de l'accusé (à la p. 238):

[TRADUCTION] Bien que l'intimé ne soit pas nécessairement laissé sans redressement à l'expiration de la période de trois mois, le sous-al. 258(1)d(i) et le par. 258(4) prévoient une procédure sommaire par laquelle il peut, à titre de personne sur laquelle des échantillons de sang ont été prélevés légalement, obtenir la remise obligatoire d'un échantillon afin de lui permettre de faire effectuer une analyse ou un examen indépendants. Il avait le droit de se prévaloir de la procédure prévue par ces dispositions à l'avantage d'une personne inculpée aux termes de l'art. 253, et il n'était pas tenu d'avoir recours à d'autres moyens pour obtenir l'échantillon auquel il avait droit aux termes de la loi.

Lorsqu'un accusé a été avisé en temps opportun de l'existence d'un second échantillon, comme le prévoient les présents motifs, en l'absence de circonstances spéciales, toute exigence de divulgation fondée sur l'arrêt *Stinchcombe* serait remplie et le fait que l'accusé n'a pas exercé son droit de demander la remise dans le délai de trois mois, empêcherait une plainte subséquente que la poursuite n'a pas été en mesure de remettre l'échantillon parce qu'il a été détruit à l'expiration de la période de trois mois.

En ce qui concerne l'exigence d'aviser l'accusé dans le délai de trois mois de l'existence du second échantillon, l'avis qui convient le mieux est la signification du CTQ (ou du CMQ le cas échéant), qui indique que le technicien qualifié [TRADUCTION] «a prélevé un échantillon de sang supplémentaire de cette personne pour lui permettre de faire effectuer une analyse ou de l'effectuer elle-même» (pour citer le CTQ que l'appelant a reçu). Il convient de souligner qu'en l'espèce l'agent

note that in this case the investigating constable testified that the usual practice is to fill out and serve the CQT on the person at the hospital when the samples are taken, and that this practice was not observed because there were no blank certificates available. I would not rule out notice by other means so long as it is to the same effect and it is proved in accordance with the criminal standard that the accused was made aware in a timely fashion. Indeed, it has been established in the breathalyser jurisprudence that entitlement to the presumption does not depend on using the CQT but may still arise when the technician gives oral testimony to the same effect (*Lightfoot v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 566, at pp. 568-69, 575). In such circumstances, no CQT may exist and notice must be given by means other than service of the CQT.

I have referred to the fact that the criminal standard of proof applies. When notice is given by means of service of the CQT, there will usually be no difficulty in meeting this standard. It may assume greater significance in a case such as this in which notice is alleged to have been given orally or by means other than service of the CQT. While proof on a balance of probabilities is an acceptable standard in deciding a preliminary question of fact with respect to the admissibility of evidence (see *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740), the general rule with respect to determination of vital issues in the criminal process requires proof beyond a reasonable doubt. See *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 415. The issue here is very different from a question of admissibility of evidence. The effect of satisfying the burden of proving preliminary facts to the admissibility of evidence is only that the evidence is admitted: it determines neither the weight of the evidence nor the guilt of the accused. This occurs in the next step in the process during which the Crown must satisfy its legal burden. When admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt, the criminal standard is applied. This accounts for the application of this standard with respect to the admission of confessions (see *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, at p. 40,

enquêteur a déposé que la pratique habituelle est de remplir le CTQ et de le signifier à la personne à l'hôpital au moment du prélèvement et que cette pratique n'a pas été suivie parce qu'aucune formule de certificat n'était disponible. Je n'écarterais pas les autres moyens de donner un avis dans la mesure où ils ont le même effet et qu'il est démontré, conformément aux normes en matière criminelle, que l'accusé a été avisé en temps opportun. En fait, il ressort de la jurisprudence en matière d'ivressomètre que le droit de faire valoir la présomption ne dépend pas de l'utilisation du CTQ mais qu'elle peut toujours être appliquée lorsque le technicien témoigne à ce sujet à l'audience (*Lightfoot c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 566, aux pp. 568, 569 et 575). Dans de telles circonstances, il est possible qu'il n'y ait pas de CTQ et un avis doit être donné par d'autres moyens que la signification du CTQ.

J'ai mentionné le fait que la norme de preuve en matière criminelle s'applique. Lorsque l'avis est donné par voie de signification du CTQ, habituellement, il ne sera pas difficile de respecter cette norme. Elle pourra être plus importante dans une affaire comme l'espèce où l'avis est présumé avoir été donné oralement ou par des moyens autres que la signification du CTQ. Bien que la preuve selon la prépondérance des probabilités soit une norme acceptable pour trancher une question de fait préliminaire quant à la recevabilité de la preuve (voir *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740), la règle générale en matière de détermination des questions vitales dans le processus criminel exige une preuve hors de tout doute raisonnable. Voir *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 415. La question soulevée en l'espèce est très différente d'une question de recevabilité de la preuve. Le fait de se décharger du fardeau de démontrer les faits préliminaires à la recevabilité de la preuve a pour seul effet que la preuve est admise: le poids de la preuve et la culpabilité de l'accusé ne sont pas démontrés. Cela se produit à l'étape suivante du processus au cours de laquelle le ministère public doit se décharger de son fardeau ultime. Lorsque la recevabilité de la preuve peut avoir un effet concluant relativement à la culpabilité, la norme en matière criminelle est appliquée. C'est pourquoi cette norme a été appli-

per Spence J., for the Court, and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at pp. 670, 674-75, *per* Martland J., for the majority, and at p. 696, *per* Lamer J. (as he then was), concurring). Establishing the facts which trigger a presumption with respect to a vital issue relating to innocence or guilt is a step further advanced than the admissibility of evidence and is only reached after crossing the hurdle of admissibility. The effect of the presumption in this case is to provide conclusive proof of the accused's blood alcohol concentration at the critical time, in the absence of evidence to the contrary. This conclusion respecting the application of the criminal standard is supported by the view which has been taken relating to the presumption which arises by virtue of s. 258(1)(a). In *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, confirmed in this regard by *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, *per* Dickson C.J., at p. 13, it was accepted that "[t]he presumption was included to allow the Crown to prove care or control by proving beyond a reasonable doubt that the accused occupied the driver's seat".

As to timeliness of the notice, the accused must receive the information with enough time to exercise the right. In practical terms this means that the accused must receive it in time to apply for an order under s. 258(4). The amount of time reasonably necessary to do so is a question of fact that does not arise in this case. Without derogating from this statement, I make the following additional comments in order to simplify proof and to avoid unnecessary factual disputes. The earlier the information is provided, the better, and in most cases there will be no obstacle to serving the CQT at the time the samples are taken, which accords with standard practice in some jurisdictions. If the CQT is not served when the samples are taken, then the CQT, or a notice advising of the availabil-

quée en ce qui concerne la recevabilité des confessions (voir *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, à la p. 40, le juge Spence au nom de la Cour, et *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640 aux pp. 670, 674 et 675, le juge Martland, au nom de la majorité, et à la p. 696, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), dans des motifs concordants). La preuve des faits qui entraînent l'application d'une présomption relative à une question vitale portant sur l'innocence ou la culpabilité est une étape plus avancée que la recevabilité de la preuve et on ne peut y arriver qu'après avoir franchi l'obstacle de la recevabilité. En l'espèce, la présomption permet d'apporter une preuve concluante de l'alcoolémie de l'accusé au moment important, en l'absence de preuve contraire. Cette conclusion concernant l'application de la norme de preuve en matière criminelle est appuyée par la position adoptée relativement à la présomption qui s'applique en vertu de l'al. 258(1)a). Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, confirmé à cet égard par l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, le juge en chef Dickson, à la p. 13, il a été admis que «[l]a présomption a été ajoutée pour permettre au ministère public de prouver la garde ou le contrôle en démontrant hors de tout doute raisonnable que l'accusé occupait la place du conducteur».

Pour ce qui est de savoir si l'avis a été donné dans le délai prévu, l'accusé doit recevoir les renseignements suffisamment à l'avance pour exercer le droit. En termes pratiques, cela signifie que l'accusé doit le recevoir à temps pour demander une ordonnance aux termes du par. 258(4). Le délai raisonnable à cette fin est une question de fait qui ne se pose pas en l'espèce. Sans m'écarter de cette position, je fais les observations additionnelles suivantes afin de simplifier la preuve et d'éviter des litiges inutiles fondés sur les faits. Il est préférable que les renseignements soient communiqués le plus tôt possible et, dans la plupart des cas, il n'y aura pas d'objection à signifier le CTQ au moment du prélèvement des échantillons, ce qui correspond à la pratique normale dans certains ressorts. Si le CTQ n'est pas signifié au moment du prélèvement des échantillons, alors il faudrait le remettre, ou donner un avis concernant la disponibilité d'un

ity of the sample for testing, should be given when the summons is served.

Applying the above reasoning to this case, the appellant did not have the information reasonably necessary for the informed exercise of his right to obtain the second sample and hence the presumption in s. 258(1)(d) was not available to the Crown.

4. *The Second Issue: Demand by the Accused*

The appellant submits in the alternative that Lambert J.A., in *Aujla, supra*, (alone in taking this position) was right to hold that the presumption is not available unless a court has ordered the release of the second sample at the request of the accused made within the three-month period: *Aujla, supra, per Lambert J.A.*, at p. 490. This submission must, in my opinion, fail. The language of s. 258(1)(d)(i) is problematic in this regard. To repeat the subparagraph for convenience, it provides:

258. (1) ...

(d) ...

(i) at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample of the blood of the accused and one of the samples was retained, to permit an analysis thereof to be made by or on behalf of the accused and, at the request of the accused made within three months from the taking of the samples, one of the samples was ordered to be released pursuant to subsection (4)

....

It has been observed that this provision is "at best, poorly drafted, and at worst, potentially out of [harmony] with the legislative framework in which it appears": Renee M. Pomerance, "Over 80' and Under Scrutiny: Selected *Charter* Issues in Drinking and Driving Cases" (1992), 4 *J.M.V.L.* 121, at p. 167. Indeed, this is a case where the plain and ordinary meaning of a portion of the statutory language would defeat the legislative purpose and therefore, an interpretation consistent with the legislative intent which goes against the literal meaning of the statute must be adopted.

échantillon à des fins d'analyse, au moment de l'assignation.

Si l'on applique le raisonnement qui précède à l'espèce, l'appellant n'a pas eu les renseignements raisonnablement nécessaires à l'exercice éclairé de son droit d'obtenir le second échantillon et, par conséquent, le ministère public ne pouvait invoquer la présomption visée à l'al. 258(1)d).

4. *La seconde question: la demande de l'accusé*

Subsidiairement, l'appellant soutient que le juge Lambert dans l'arrêt *Aujla*, précité (le seul à adopter cette position) était fondé à conclure que la présomption ne peut être invoquée à moins qu'un tribunal n'ait ordonné la remise du second échantillon par suite de la demande de l'accusé présentée dans le délai de trois mois: *Aujla*, précité, le juge Lambert, à la p. 490. À mon avis, cet argument ne peut réussir. Le texte du sous-al. 258(1)d)(i) pose un problème à cet égard. Par souci de commodité, il convient de répéter ce texte:

258. (1) ...

d) ...

(i) au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang de l'accusé et un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse à la demande de l'accusé et, sur demande de celui-ci faite dans les trois mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec le paragraphe (4) ...

On a dit qu'il s'agit d'une disposition qui [TRADUCTION] «au mieux, est mal rédigée et, au pire, pourrait ne pas s'inscrire dans le cadre législatif dont elle est tirée»: Renee M. Pomerance, «Over 80' and Under Scrutiny: Selected *Charter* Issues in Drinking and Driving Cases» (1992), 4 *J.M.V.L.* 121, à la p. 167. En fait, il s'agit d'un cas où le sens ordinaire d'une partie du texte législatif serait contraire à l'esprit de la loi et, par conséquent, il y a lieu d'adopter une interprétation conforme à l'intention du législateur qui est contraire au sens littéral de la loi.

The structure of s. 258(1)(d)(i) suggests that there are three requirements for the presumption to arise (ignoring for the moment the requirements in the other subparagraphs):

1. at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample, AND
2. one of the samples was retained to permit an analysis thereof by or on behalf of the accused, AND
3. at the request of the accused made with the three month period, one of the samples was ordered to be released pursuant to subs. (4).

This is not a case of ambiguity, as the appellant contends in the alternative. The meaning is clear, and it is just as clear that this meaning frustrates the purpose of the legislative scheme enacted by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19. I would adopt McClung J.A.'s holding in the court below that the principal objective of the legislative scheme for the gathering and receipt of blood and breath sample evidence is to facilitate, with appropriate safeguards, the admission of the evidence and not to exclude it. At a more basic level, the intent of the legislative reforms of 1985, which introduced the provision currently under consideration, was to allow the more effective prosecution of drunk driving offences. The legislation should be given a reasonable interpretation in line with the legislative intent. If the plain meaning of the words of subpara. (i) were given effect, the accused would always be in a position to deprive the Crown of the evidentiary advantage the legislation intended to give it, and every well advised accused would do just that by choosing not to demand a sample. The accused would, in effect, be given a "silent veto" over the Crown's use of the statutory presumption.

In my view, this legislation fits into the principle of construction enunciated by Professor Elmer A.

Selon la structure du sous-al. 258(1)d(i), il y aurait trois exigences pour que la présomption puisse être invoquée (si l'on ne tient pas compte pour le moment des exigences des autres sous-alinéas):

1. au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang, ET
2. un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse par l'accusé ou en son nom, ET
3. sur demande de celui-ci faite dans les trois mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec le par. (4).

Il ne s'agit pas d'un cas d'ambiguïté comme le soutient subsidiairement l'appellant. Le sens est clair et il est tout aussi clair qu'il contrevient à l'esprit de la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19. Je fais mienne la conclusion du juge McClung du tribunal d'instance inférieure que les dispositions législatives relatives à la cueillette et à la présentation d'éléments de preuve en matière de prélèvement d'échantillon de sang et d'haleine a principalement pour but de faciliter, avec les garanties qui conviennent, l'admission des éléments de preuve et non leur exclusion. Plus fondamentalement, la réforme législative de 1985, dont provient la disposition examinée en l'espèce, avait pour but de permettre une poursuite plus efficace des infractions de conduite en état d'ébriété. Il convient de donner à la mesure législative une interprétation raisonnable qui soit conforme à l'intention du législateur. Si l'on devait donner son sens ordinaire au texte du sous-al. (i), l'accusé serait toujours en position de priver le ministère public de l'avantage en matière de preuve que la loi avait l'intention de lui conférer, et tout accusé bien conseillé agirait ainsi en choisissant de ne pas demander d'échantillon. En fait, l'accusé obtiendrait un «veto silencieux» à l'égard de l'utilisation par le ministère public de la présomption prévue par la loi.

À mon avis, la disposition législative s'inscrit dans le cadre du principe d'interprétation formulé

Driedger in the following terms in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 105:

... If, notwithstanding that the words are clear and unambiguous when read in their grammatical and ordinary sense, there is disharmony within the statute, ... then an unordinary meaning that will produce harmony is to be given the words, if they are reasonably capable of bearing that meaning.

The purpose of s. 258(1)(d) is to give the Crown the benefit of an evidentiary presumption where certain conditions are met in order to facilitate the prosecution of offences which involve driving while under the influence of alcohol. Such a purpose is inconsistent with making the presumption subject to the caprice of the accused. Even Lambert J.A., the sole authority relied on by the appellant in this regard, recognized that his interpretation may not have been intended by Parliament (*Aujla, supra*, at p. 490). I would agree with one commentator's remarks in a comment on *Aujla, supra*, that

such an interpretation would obviously render nugatory the purpose of the legislation. To put it shortly, if compliance with s. 258(1)(d)(i) is dependent upon accused persons requesting production of their blood samples, one may query what would motivate an accused to do so. [Rick Libman, Annotation—*R. v. Aujla* (1989), 13 M.V.R. (2d) 276, at p. 279.]

The interpretation most in line with the objective of the legislation and the Crown's disclosure obligations is that arrived at in the previous section of these reasons, namely that the accused must have notice of the existence and availability of the second sample to permit reasonable time for an informed choice as to the exercise of the right to demand production of the sample. Requiring positive action by the accused to exercise this right before the statutory presumption becomes available would further neither the legislative intent nor the accused's right to make full answer and defence. Nor would it help to enforce the Crown's disclosure obligation since that is accomplished by notifying the accused of the existence and availability of the sample. Under the interpretation that I propose, the availability of the presumption would be tied (as the reference to the right in the subparagraph appears to indicate) to the accused's oppor-

par le professeur Elmer A. Driedger, dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 105:

[TRADUCTION] ... Si, malgré que les termes soient clairs et sans ambiguïté lorsqu'ils sont interprétés selon leur sens grammatical et ordinaire, il y a discordance dans la loi, [...] alors, il convient d'interpréter les termes selon leur sens inhabituel qui entraînera l'harmonie, si on peut raisonnablement leur donner ce sens.

L'alinéa 258(1)d) vise à donner au ministère public l'avantage d'une présomption en matière de preuve dans certaines conditions, pour faciliter la poursuite d'infractions relatives à la conduite en état d'ébriété. Un tel objet ne correspond pas à l'assujettissement de la présomption au bon vouloir de l'accusé. Même le juge Lambert, la seule source sur laquelle l'appelant s'est appuyé à cet égard, a reconnu que le législateur n'avait peut-être pas cette interprétation en vue (*Aujla, précité*, à la p. 490). Je suis d'avis de faire miennes les remarques d'un commentateur au sujet de l'arrêt *Aujla, précité*, selon lesquelles

[TRADUCTION] il est évident qu'une telle interprétation neutraliserait l'objet de la loi. Bref, si le respect du sous-al. 258(1)d)(i) dépend de la demande par l'accusé de la remise de son échantillon de sang, on peut se demander ce qui inciterait un accusé à le faire. [Rick Libman, Annotation—*R. c. Aujla* (1989), 13 M.V.R. (2d) 276, à la p. 279.]

L'interprétation qui est la plus conforme au but de la loi et aux obligations du ministère public en matière de divulgation est celle à laquelle j'arrive dans la section précédente, c.-à-d. que l'accusé doit être avisé de l'existence et de la disponibilité du second échantillon, afin qu'il dispose d'un délai raisonnable pour faire un choix éclairé quant à l'exercice du droit de demander la remise de l'échantillon. Exiger que l'accusé accomplisse un acte positif pour exercer ce droit avant que la présomption que prévoit la loi puisse être invoquée ne servirait ni l'intention du législateur, ni le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Cela n'aiderait pas non plus à assurer le respect par le ministère public de son obligation de divulgation puisqu'elle est réalisée par l'avis donné à l'accusé de l'existence et de la disponibilité de l'échantillon. Selon l'interprétation que je propose, la possibilité d'invoquer la présomption serait liée (comme

tunity to exercise his or her right, without being hamstrung by it.

One might object that this allows the presumption to stand whenever the requisite notice is given, regardless of other circumstances making the accused's right meaningless. This is not necessarily the case. To give one example, in *R. v. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133 (C.A.), the blood samples were accidentally destroyed before the accused requested production of one of them. The Court of Appeal quite rightly denied the Crown the benefit of the presumption. That was a situation where the accused could not exercise his right because of factors out of his control, and the court can always step in to deny the application of the presumption in such circumstances. The result in *Redmond, supra*, was that the Crown was required to adduce *viva voce* expert testimony extrapolating the accused's blood alcohol concentration and level of impairment at the time of driving. Being denied the benefit of the presumption clearly does not derail "over 80" prosecutions. It simply requires the Crown to prove them by recourse to the evidential tools on which it would ordinarily have to rely in the absence of the presumption. As the Ontario Court of Appeal held in *Montgomery, supra*, at pp. 238-39:

While the Crown may lose the evidentiary advantage of the presumption in s. 258(1)(d) and be precluded from using certificate evidence of the result of the analysis as proof of the concentration of alcohol in an accused's blood at the time the offence was allegedly committed, the Crown remains free to prove the accused's guilt through *viva voce* evidence. [Emphasis added.]

5. Implications for this Case

The result of this analysis is that the Crown was not entitled to the benefit of the presumption in s. 258(1)(d) because it was not established on the facts, on the criminal standard, that the appellant had received notice within the time reasonably necessary for him to make an informed decision as to the exercise of his right to demand the second

la mention du droit dans l'alinéa paraît l'indiquer) au fait que l'accusé ait l'occasion d'exercer son droit sans préjudice.

On pourrait opposer que cette situation permettrait l'application de la présomption dès que l'avis serait donné, sans tenir compte d'autres circonstances enlevant tout sens au droit de l'accusé. Ce n'est pas nécessairement le cas. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133 (C.A.), les échantillons de sang avaient été accidentellement détruits avant que l'accusé demande qu'on lui en remette un. La Cour d'appel a, tout à fait à bon droit, refusé au ministère public le bénéfice de la présomption. Il s'agissait d'une situation où l'accusé ne pouvait exercer son droit en raison de facteurs hors de son contrôle, et le tribunal peut toujours intervenir pour refuser l'application de la présomption dans de telles circonstances. Il en est résulté dans l'arrêt *Redmond*, précité, que le ministère public a été tenu de faire témoigner des experts qui ont extrapolé quant à l'alcoolémie et au niveau d'ébriété de l'accusé au moment où il était au volant. De toute évidence, le refus d'appliquer la présomption n'empêche pas d'intenter des poursuites pour alcoolémie de «plus de 80 mg». Le ministère public doit simplement en faire la preuve au moyen des outils dont il disposerait en l'absence de la présomption. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a conclu dans l'arrêt *Montgomery*, précité, aux pp. 238 et 239:

[TRADUCTION] Bien qu'il puisse perdre l'avantage en matière de preuve que lui confère la présomption prévue à l'al. 258(1)d) et être empêché d'utiliser le certificat du résultat de l'analyse à titre de preuve de l'alcoolémie de l'accusé au moment de la présumée perpétration, le ministère public demeure libre de démontrer la culpabilité de l'accusé au moyen d'un témoignage de vive voix. [Je souligne.]

5. Conséquences pour l'espèce

Il ressort de cette analyse que le ministère public n'avait pas le droit de faire valoir la présomption prévue à l'al. 258(1)d) parce qu'il n'avait pas été démontré d'après les faits, selon la norme de preuve en matière criminelle, que l'appelant avait été avisé, dans le délai qui est raisonnablement nécessaire pour prendre une décision éclairée

blood sample, of the charges facing him, the results of the Crown's blood sample analysis, and the existence and availability of the second sample for testing by him. On this basis, the appeal should be allowed. The respondent Crown did not ask for a new trial in the event that this Court found that it was disentitled to the presumption in s. 258(1)(d). Without the benefit of the presumption, there was no evidence supporting the "over 80" count. The trial judge found that the evidence on the other counts was insufficient to establish impairment beyond a reasonable doubt. Although I have concluded that the trial judge improperly excluded the CA, this did not affect the result. In the absence of the presumption or expert evidence of metabolic rates and extrapolation to the time of the accident, the CA does no more than provide a blood alcohol reading two hours after the accident.

In the circumstances, the respondent Crown was quite right in not seeking a new trial. In this respect, this Court is guided by the provisions of s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, which provides that when an appeal is not dismissed, we are entitled to make the order that the court appealed from ought to have made. In this case, the Court of Appeal ought to have found that the presumption did not apply. It properly found that it was error to exclude the CA. In the state of the record, could the Court of Appeal set aside the acquittal and direct a new trial? In this regard, it was bound to apply the principle expressed in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. At page 374, the majority judgment states:

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the

quant à l'exercice de son droit de demander le second échantillon de sang, des accusations qui pesaient contre lui, des résultats de l'analyse de l'échantillon de sang par le ministère public ainsi que de l'existence du second échantillon et de la possibilité pour lui de s'en servir pour une analyse. Sur ce fondement, il convient d'accueillir le pourvoi. Le ministère public intimé n'a pas demandé la tenue d'un nouveau procès si notre Cour concluait qu'il n'a pas le droit d'invoquer la présomption de l'al. 258(1)d). Sans la présomption, aucun élément de preuve n'appuyait le chef d'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg». Le juge du procès a conclu que la preuve relative aux autres chefs d'accusation n'était pas suffisante pour démontrer hors de tout doute raisonnable que les facultés de l'accusé étaient affaiblies. Ma conclusion selon laquelle le juge du procès a incorrectement exclu le CA n'a pas d'effet quant au résultat. En l'absence de la présomption ou d'un témoignage d'expert relativement au taux de métabolisation, et d'extrapolation quant au taux au moment de l'accident, le CA indique simplement quelle était l'alcoolémie deux heures après l'accident.

Dans les circonstances, le ministère public intimé était bien fondé de ne pas demander la tenue d'un nouveau procès. À cet égard, notre Cour est guidée par les dispositions de l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, qui prévoit que lorsqu'un pourvoi n'est pas rejeté, la Cour peut rendre l'ordonnance que le tribunal d'instance inférieure aurait dû rendre. En l'espèce, la Cour d'appel aurait dû conclure que la présomption ne s'appliquait pas. Elle a, à bon droit, conclu que l'exclusion du CA constituait une erreur. Dans l'état du dossier, la Cour d'appel pouvait-elle annuler l'acquittal et ordonner la tenue d'un nouveau procès? À cet égard, elle était tenue d'appliquer le principe exprimé dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. La Cour, à la majorité, a dit, à la p. 374:

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittal a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La

court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do.

As I have explained above, without the aid of the presumption, the Crown has no case and therefore the accused would be necessarily acquitted. The Crown, having relied on the presumption which it knew was disputed, could not seek to set aside the acquittal and obtain a new trial in order to permit it to proceed on another basis with new evidence. See *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20, at p. 49, and *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350, at p. 353.

Disposition

The appeal is therefore allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the verdicts of acquittal entered by the trial judge on all counts are restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Dunphy Calvert, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Office of the Attorney General for Alberta, Calgary.

poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire.

Comme je l'ai expliqué précédemment, sans l'aide de la présomption, les arguments du ministère public ne sont plus fondés et, par conséquent, l'accusé serait nécessairement acquitté. Comme il s'est appuyé sur la présomption qu'il savait contestée, le ministère public ne pouvait demander l'annulation de l'acquiescement et la tenue d'un nouveau procès pour lui permettre de procéder sur un autre fondement avec de nouveaux éléments de preuve. Voir *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20, à la p. 49, et *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350, à la p. 353.

Dispositif

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et les verdicts d'acquiescement rendus par le juge du procès à l'égard de tous les chefs d'accusation sont rétablis.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Dunphy Calvert, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le bureau du Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Gifford Aalders *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. AALDERS

File No.: 22617.

1993: March 3; 1993: June 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Evidence — Rebuttal evidence — Rebuttal evidence relating to issue essential for determination of case — Whether rebuttal evidence admissible.**Criminal law — Murder — First degree murder — Planned and deliberate — Charge to jury — Whether trial judge's directions on planning and deliberation adequate.**Criminal law — Charge to jury — Alternative verdict — Murder — Accused charged with first degree murder testifying that he did not intend to kill victim — Evidence as a whole showing that killing was planned and deliberate — Whether trial judge erred in failing to instruct jury on manslaughter.*

The accused was charged with first degree murder of an acquaintance. He broke into the victim's home early one morning and went to the basement, where he took and loaded a 30.30 rifle, which he used to kill the victim's dog. The accused, who was a frequent visitor to the house, was aware that no one would be there until the victim returned sometime around noon. He started ransacking the house, found a .32 calibre pistol, loaded it with ammunition and placed it in his belt. Later, he gathered together everything he had stolen and placed it by the back door. When the victim returned home for lunch, the accused was still in the house. The victim saw his slain dog and turned back towards the bathroom, where the accused was hiding. The accused came out of the tub and fired the gun. Eight bullets entered the victim's body. Only one was in the area of the legs; the rest were in the torso and neck. After the shooting, the accused took the victim's money and his car keys, placed the stolen goods in the victim's car and drove

Gifford Aalders *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. AALDERS

N^o du greffe: 22617.^b 1993: 3 mars; 1993: 10 juin.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC*Droit criminel — Preuve — Contre-preuve — Contre-preuve touchant une question essentielle à la détermination du litige — La contre-preuve est-elle admissible?**Droit criminel — Meurtre — Meurtre au premier degré — Préméditation et propos délibéré — Exposé au jury — Les directives du juge du procès quant à la préméditation et au propos délibéré sont-elles appropriées?*^e *Droit criminel — Exposé au jury — Possibilité d'un autre verdict — Meurtre — L'accusé, inculpé de meurtre au premier degré, a témoigné qu'il n'avait pas l'intention de tuer la victime — L'ensemble de la preuve démontre que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas au jury la question de l'homicide involontaire coupable?*

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d'une connaissance. Il s'est introduit par effraction dans la résidence de la victime tôt un matin et s'est rendu au sous-sol, où il a pris et chargé une carabine 30.30, qu'il a utilisée pour tuer le chien de la victime. L'accusé, qui fréquentait régulièrement la famille, savait que personne ne serait à la maison jusqu'à ce que la victime y retourne aux environs de midi. Il a entrepris la fouille de la maison, a trouvé un pistolet de calibre .32 qu'il a chargé puis placé dans sa ceinture. Il a ensuite rassemblé tous les articles qu'il avait volés et les a placés près de la porte arrière. Lorsque la victime est revenue à la maison pour le dîner, l'accusé était encore dans la maison. La victime a vu son chien mort et s'est retournée vers la salle de bains où l'accusé s'était caché. L'accusé est sorti de la baignoire et a fait feu. La victime a été atteinte par huit balles, dont seulement une dans la région des jambes et le reste dans le torse et le cou. Après avoir tiré, l'accusé a pris l'argent et les clés de la

away. The accused was arrested three days later. In his statement to the police, he stated that he had gone to the victim's house to break in and admitted that he had stolen money from the victim and from the residence. At trial, however, he testified that he had gone there only to ask a favour from the victim. He had then entered the house because of the heavy rain and, once inside, had decided to steal. He also testified that he had aimed the gun at the victim's legs and that he had not intended to kill him but was only trying to escape. In cross-examination, the accused testified that the money which was found in his possession when he was arrested came in part from his welfare allowance. The Crown was allowed to adduce rebuttal evidence on this issue and two welfare workers testified that the accused had never received social assistance, and that his applications for welfare had been refused. In his charge, the trial judge told the jury that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused intended to kill the victim and that the killing was planned and deliberate, they should find him guilty of first degree murder. The trial judge explained that the expression "planned and deliberate" meant a "carefully thought out design which precedes the carrying out of an unlawful act. It is the commission of an unlawful act after having thought about it. In other words, . . . it is a planned and desired act". The trial judge also instructed the jury on second degree murder but not on manslaughter. The accused was convicted of first degree murder and the majority of the Court of Appeal affirmed the conviction. This appeal raised three issues: (1) whether the trial judge erred in permitting the Crown to adduce rebuttal evidence; (2) whether the trial judge adequately charged the jury on the "planned and deliberate" nature of first degree murder; and (3) whether the trial judge should have instructed the jury that manslaughter was an alternative verdict.

Held (Sopinka J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The crucial question with regard to the admission of rebuttal evidence is not whether the evidence which the Crown seeks to adduce is determinative of an essential issue, but rather whether it is related to an essential issue which may be determinative of the case. If the rebuttal evidence goes to an essential element of

voiture de la victime, a placé les biens volés dans la voiture et il est parti. Il a été arrêté trois jours plus tard. Dans sa déclaration à la police, l'accusé a dit s'être rendu à la résidence de la victime pour s'y introduire par effraction et il a admis avoir dérobé des sommes d'argent tant sur la victime que dans la résidence. Au procès, il a toutefois déclaré s'y être rendu seulement pour demander une faveur à la victime. Il est alors entré dans la maison en raison de la forte pluie et, une fois à l'intérieur, il a décidé de commettre un vol. Il a également déclaré avoir pointé le pistolet en direction des jambes de la victime et n'avoir eu aucune intention de le tuer, tentant seulement de s'enfuir. Lors de son contre-interrogatoire, l'accusé a déclaré que l'argent trouvé en sa possession au moment de son arrestation provenait en partie d'allocations d'aide sociale. Le ministère public a été autorisé à présenter une contre-preuve sur cette question, et, selon les témoignages offerts par deux employés de l'aide sociale, l'accusé n'a jamais reçu d'aide, ses demandes ayant été rejetées. Dans son exposé, le juge du procès a dit au jury qu'il devait déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il avait eu l'intention de tuer la victime et que le meurtre avait été commis avec préméditation et de propos délibéré. Il a expliqué que l'expression «préméditation et de propos délibéré» signifiait «le dessein réfléchi qui a précédé l'exécution d'un acte illégal. C'est l'accomplissement d'un acte illégal après y avoir pensé. En d'autres mots, . . . [c]'est un acte planifié et voulu.» Le juge du procès a également donné au jury des directives sur le meurtre au deuxième degré, sans mentionner l'homicide involontaire coupable. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré, et la Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève trois questions: (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de présenter une contre-preuve? (2) L'exposé du juge du procès au jury était-il approprié relativement à la préméditation et au propos délibéré du meurtre au premier degré? (3) Le juge du procès aurait-il dû informer le jury de la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable?

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La question primordiale en ce qui concerne l'admission d'une contre-preuve n'est pas de savoir si la preuve que le ministère public cherche à présenter est déterminante quant à une question essentielle, mais bien de savoir si elle se rapporte à une question essentielle qui peut être déterminante pour trancher l'affaire. Si la

the case and the Crown could not have foreseen that such evidence would be necessary, then it is generally admissible. Thus, if a statement is made during the course of a witness's testimony at trial which conflicts with other evidence relating to an essential issue in the case, rebuttal evidence will be permitted to resolve the conflict. Here, the rebuttal evidence was admissible. The evidence of the welfare workers goes to an integral element of the case and the Crown could not have foreseen that the accused would testify as he did in light of his earlier statement. The bald admission of the robbery in the course of evidence, which falsely coloured its nature and changed important details, cannot result in a finding that the rebuttal evidence thereby goes solely to collateral issues. Evidence as to the details of the robbery formed an integral part of the Crown's case and it was important that any confusion with regard to the accused's statement and testimony on this essential issue be clarified. This could only be done by way of reply. It cannot then be said that the rebuttal evidence constituted a splitting of the Crown's case.

When the charge is read as a whole, it is apparent that the jury was properly instructed on the issue of planning and deliberation. The trial judge's directions were quite clear that these concepts were two distinct elements of the crime of first degree murder, both of which had to be established beyond a reasonable doubt.

The trial judge did not err in not putting manslaughter to the jury. The killing in this case has every indication of being a cold-blooded, planned and deliberate execution. There was no air of reality to the accused's defence of manslaughter. It follows that it would not have been appropriate to have left manslaughter to the jury.

Per Sopinka J. (dissenting): The trial judge erred in permitting the Crown to adduce the rebuttal evidence. The rebuttal evidence was not relevant to the accused's assertion that he did not intend to kill the victim, and it was wholly unnecessary to prove the robbery, as this had been admitted by the accused's own testimony. While the Crown had the right to cross-examine the accused on collateral facts, in order to attack his credibility, having done so the Crown had to take the

contre-preuve porte sur un élément essentiel du litige et si le ministère public ne pouvait prévoir que cette preuve serait nécessaire, alors elle est généralement admissible. En conséquence, lorsqu'un témoin fait, au cours de son témoignage au procès, une déclaration qui entre en conflit avec d'autres éléments de preuve portant sur une question essentielle, la contre-preuve sera autorisée pour résoudre ce conflit. En l'espèce, la contre-preuve était admissible. Les témoignages des fonctionnaires de l'aide sociale portaient sur un élément essentiel de la preuve, et le ministère public ne pouvait prévoir que l'accusé allait témoigner comme il l'a fait vu sa déclaration antérieure. L'aveu même de la perpétration du vol qualifié, fait par l'accusé au cours de son témoignage dans lequel il a faussé la nature de ce vol et changé d'importants détails, ne peut donner lieu à la conclusion que la contre-preuve porte seulement sur des questions incidentes. Les témoignages concernant les détails du vol constituaient une partie importante de la preuve du ministère public, et il était donc important que soit clarifiée toute confusion entre les déclarations et le témoignage de l'accusé sur ce point essentiel. Cette clarification ne pouvait être obtenue que par contre-preuve. On ne peut alors affirmer que la contre-preuve permettait au ministère public de scinder sa preuve.

Il ressort de la lecture de l'ensemble de l'exposé que le jury a reçu les directives appropriées relativement aux éléments «préméditation» et «propos délibéré». Les directives que le juge du procès a données au jury précisaient clairement qu'il s'agissait de deux concepts distincts, c'est-à-dire d'éléments distincts du meurtre au premier degré, lesquels devaient être prouvés hors de tout doute raisonnable.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne soumettant pas au jury la question de l'homicide involontaire coupable. Tout porte à croire que le meurtre en l'espèce a été commis de sang-froid, avec préméditation et de propos délibéré. La défense d'homicide involontaire coupable soulevée par l'accusé n'avait pas de vraisemblance. Il n'aurait donc pas été approprié de mentionner au jury la possibilité d'homicide involontaire coupable.

Le juge Sopinka (dissent): Le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de présenter une contre-preuve. Cette dernière n'était pas pertinente quant à l'affirmation de l'accusé qu'il n'avait pas l'intention de tuer la victime, et elle était tout à fait inutile pour établir le vol qualifié, l'accusé lui-même ayant admis, lors de son témoignage, l'avoir commis. Le ministère public avait le droit de contre-interroger l'accusé sur des faits incidents afin de mincir sa crédibilité,

accused's answers. Put in context, the rebuttal evidence attacked the accused's credibility on the sole question of whether he was a recipient of social assistance, a collateral issue which was raised for the first time in cross-examination. The Crown also argued that the accused made his credibility a central issue by giving testimony which differed from his police statement.

In any case where the accused testifies, his credibility will be on the line. Allowing rebuttal evidence simply because the accused has chosen to make his credibility an issue is far too broad an interpretation of *Krause*.

An error of this nature cannot be cured by application of the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; **distinguished:** *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361; **referred to:** *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074; *R. v. Widdifield* (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152; *Pilon v. The Queen* (1965), 46 C.R. 272, [1966] 2 C.C.C. 53; *More v. The Queen*, [1963] S.C.R. 522; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; *R. v. Perry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Krause, [1986] 2 S.C.R. 466; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a), 230(d) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 40(2) (Sch. I, item 2)], 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch. item 8)].

Authors Cited

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

mais une fois qu'il l'avait fait, il devait s'en tenir à ses réponses. Si on la replace dans le contexte, la contre-preuve a attaqué la crédibilité de l'accusé sur la seule question de savoir s'il avait été bénéficiaire d'aide sociale, une question incidente soulevée pour la première fois lors du contre-interrogatoire. Le ministère public a également soutenu que l'accusé a fait de sa crédibilité un élément essentiel en offrant un témoignage différent de sa déclaration aux policiers.

Chaque fois que l'accusé témoigne, sa crédibilité est en jeu. C'est interpréter beaucoup trop largement l'arrêt *Krause* que d'admettre une contre-preuve simplement parce que l'accusé a choisi de faire de sa crédibilité une question en litige.

On ne peut remédier à une erreur de cette nature en appliquant la réserve du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt examiné: *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; **distinction d'avec l'arrêt:** *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361; **arrêts mentionnés:** *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074; *R. c. Widdifield* (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152; *Pilon c. The Queen* (1965), 46 C.R. 272, [1966] 2 C.C.C. 53; *More c. The Queen*, [1963] R.C.S. 522; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *R. c. Perry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Krause, [1986] 2 R.C.S. 466; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a), 230d) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 40(2) (ann. I, n^o 2)], 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann. art. 8)].

Doctrine citée

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 2097, 39 Q.A.C. 175, 69 C.C.C. (3d) 154, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

Gervais Labrecque, for the appellant.

Georges Letendre, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Two main issues are raised on this appeal. The first is whether the trial judge erred in permitting the Crown to call evidence in reply. The second, turns on the adequacy of the instructions given to the jury on the critical aspects of first degree murder, namely planning and deliberation.

I. Factual Background

On January 20, 1986, the appellant Aalders, shot and killed Lawrence Ford in his home in St. Basile. Earlier that morning, Aalders had arranged with a friend to get a lift to the Ford home. His friend left him off some distance from the house. Aalders was a frequent visitor and was well aware of the family routine. He knew when he arrived at 8:00 a.m. of a weekday morning that nobody would be home. He was aware that no one would be there until Mr. Ford returned to the house sometime around noon. The appellant tried the front door but received no response. He then went around to the back door and by means of a screwdriver that he had fortuitously brought with him, broke into the house. As soon as he gained entrance, he immediately went to the basement where he took and loaded a 30.30 rifle. He then returned to the main floor. When he had descended to the basement the family dog, Tuppy, loyally attempting to defend the family home, started barking and continued to do so. Upon his return to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 2097, 39 Q.A.C. 175, 69 C.C.C. (3d) 154, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

Gervais Labrecque, pour l'appelant.

Georges Letendre, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi soulève deux questions principales. La première vise à déterminer si le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de présenter une contre-preuve. La seconde vise à savoir si les directives du juge au jury étaient appropriées relativement aux aspects critiques du meurtre au premier degré, notamment quant à la préméditation et au propos délibéré.

I. Les faits

Le 20 janvier 1986, l'appelant Aalders a tiré un coup mortel sur Lawrence Ford dans la maison de ce dernier, à St-Basile. Plus tôt dans la matinée, Aalders s'était fait conduire chez les Ford par un ami, qui l'a laissé à une certaine distance de la maison. Aalders fréquentait régulièrement la famille de la victime et en connaissait les habitudes. Il savait que personne ne serait à la maison à huit heures du matin un jour de semaine. Il savait qu'il n'y aurait personne dans la maison jusqu'à ce que M. Ford y retourne aux environs de midi. L'appelant a sonné à la porte principale, mais n'a pas reçu de réponse. Il est ensuite allé vers la porte arrière, qu'il a ouverte au moyen d'un tourne-vis qu'il avait par hasard sur lui et s'est introduit par effraction. Une fois entré, il est immédiatement descendu au sous-sol où il a pris et chargé une carabine 30.30. Il est ensuite retourné au rez-de-chaussée. Lorsqu'il est descendu au sous-sol, le chien de la maison, Tuppy, s'était mis à aboyer en tentant loyalement de défendre la maison familiale.

the main floor, Aalders entered the bedroom where the dog was barking. There, he shot and killed him.

With the dog silenced, the appellant started ransacking the house. He went first to the master bedroom and searched the drawers of the night tables and dressers by emptying their contents onto the floor. He found a .32 calibre pistol which was not loaded. He then located the clip for the pistol with two bullets in it. He continued to look for more ammunition for the pistol and finally shot the lock off a chest in the basement where he found the ammunition. In his statement to the police, Aalders said that he loaded the .32 pistol because it was not as heavy and cumbersome as the 30.30 rifle. He placed the loaded pistol in his belt before running back upstairs. He did this he said, in case anyone should come into the house as he did not want to get caught.

While looking for ammunition in the closets of the house Aalders had discovered jars full of money. Thus, after finding and loading the pistol, he returned to the bedroom and took the jars down from the closets in the master bedroom. He then went to the bedroom of Laura Jane Ford, the daughter of the victim, where he found some more money which he also took. He then went back downstairs and located several bags into which he put the money and the other weapons (the shotguns and the rifle) which he had found in the house. For nourishment he took three bottles of wine which he placed in portable bars and two bags of cookies.

Some of the money which was taken from the Ford residence consisted of old Canadian and American bills which the victim and his daughter had collected. The total weight of all the items seized from the house was 190 lbs. Aalders placed all this material on the floor beside the door by which he had gained entry. He stated that he intended to conceal the material in the woods near the home so that he could return and collect it later. Another inference which could be drawn was that the robbery had been carefully planned to take place while the house was empty, that Aalders required a car to carry the stolen property and that

En revenant au rez-de-chaussée, Aalders est entré dans la chambre à coucher où se trouvait le chien et a fait feu sur lui.

Après avoir tué le chien, l'appelant a entrepris la fouille de la maison. Il est tout d'abord allé dans la chambre à coucher principale et a fouillé les tiroirs des tables de nuit et des commodes et en a vidé le contenu sur le plancher. Il a trouvé un pistolet de calibre .32 non chargé. Il a ensuite trouvé le chargeur qui contenait deux balles. Il a continué à chercher des munitions pour le pistolet et a finalement tiré sur la serrure d'un coffret au sous-sol, dans lequel il en a trouvées. Dans sa déclaration à la police, Aalders a dit qu'il avait chargé le pistolet de calibre .32 parce qu'il n'était pas aussi lourd et encombrant que la carabine 30.30. Il a ensuite placé le pistolet chargé dans sa ceinture avant de remonter. Il a dit avoir fait cela au cas où quelqu'un entrerait dans la maison car il ne voulait pas être surpris.

En cherchant des munitions dans les placards de la maison, Aalders avait trouvé des bocaux remplis d'argent. Après avoir trouvé et chargé le pistolet, il est retourné dans la chambre à coucher principale et a sorti les bocaux des placards. Il est ensuite allé dans la chambre de Laura Jane Ford, la fille de la victime, où il a aussi trouvé de l'argent, qu'il a pris. Il est alors retourné en bas et a trouvé plusieurs sacs dans lesquels il a mis l'argent et les autres armes (les fusils et la carabine) qu'il avait trouvés dans la maison. Pour se nourrir, il a pris trois bouteilles de vin qu'il a mises dans des bars portatifs ainsi que deux sacs de biscuits.

Une partie de l'argent pris dans la résidence des Ford se composait d'anciens billets canadiens et américains que la victime et sa fille avaient collectionnés. Le poids total de tous les articles saisis dans la maison était de 190 livres. Aalders avait placé tous ces articles sur le plancher près de la porte où il était entré. Il a dit que son intention était de les cacher dans le bois près de la maison et de revenir les chercher plus tard. On peut également déduire que le vol avait été soigneusement planifié de façon à se dérouler pendant l'absence des occupants de la maison, qu'Aalders avait besoin d'une voiture pour transporter les biens

he was armed and awaiting the return of Mr. Ford in his car around noon.

In any event, the appellant testified that he went back upstairs and when he was in the bathroom he heard the sound of a door closing downstairs. With that he became aware that someone else was in the house. He stepped into the bathtub and drew the pistol from his belt. Aalders saw a shadow pass across the bathroom doorway and then the reflection of a man's back appeared in the bathroom mirror. The man was standing in the master bedroom where the appellant had shot the family pet. When he saw the person in the bedroom turn around the appellant advanced from the bathroom towards the bedroom with the gun in his hand. He said also in his evidence at trial that he pointed the gun at the legs of the person in the room, closed his eyes and pressed the trigger. He stated that he only wanted to escape from the house and that he had not meant to kill the victim. However, it is of some significance that in his lengthy statement to the police, Aalders did not mention that he aimed the gun at the victim's legs or that he had only been trying to escape. The autopsy revealed that of the eight bullets that were fired into Ford's body, only one was located in the leg area while the majority were in the torso and neck area.

After he shot the victim, Aalders left the room and went out to Lawrence Ford's car. When he saw that the keys were not in the car, he went back into the home and looked through Ford's pockets until he found them. He took the keys and \$50 to \$60 which he found in the victim's wallet. The appellant then took all the stolen goods, including the rifle, shotguns and wine placed them in the trunk of the car and drove away. He was arrested three days later in Charlesbourg.

II. The Courts Below

1. *The Trial Judge's Charge to the Jury*

The trial judge explained to the jury that, according to the general rule, murder requires an

volés et qu'il était armé et attendait le retour de M. Ford dans sa voiture vers midi.

Quoi qu'il en soit, l'appellant a témoigné qu'il est retourné en haut et qu'il était dans la salle de bains lorsqu'il a entendu le bruit d'une porte en bas. Il s'est alors rendu compte que quelqu'un était dans la maison. Il est ensuite entré dans la baignoire et a sorti le pistolet qu'il avait à la ceinture. Aalders a vu une ombre devant la salle de bains et ensuite le reflet d'un homme de dos dans le miroir de la salle de bains. L'homme se trouvait dans la chambre à coucher principale où l'appellant avait tué le chien de la famille. Lorsqu'il a vu la personne dans la chambre se retourner, l'appellant est sorti de la salle de bains et s'est dirigé vers la chambre à coucher avec le pistolet à la main. Dans son témoignage au procès, il a dit avoir visé les jambes de la personne dans la chambre, avoir fermé les yeux et appuyé sur la détente. Il a dit qu'il voulait seulement s'enfuir de la maison et qu'il n'avait pas l'intention de tuer la victime. Toutefois, il importe de signaler que dans sa longue déclaration à la police, Aalders n'a pas mentionné qu'il avait pointé l'arme sur les jambes de la victime ou qu'il avait seulement voulu s'enfuir. Selon le rapport d'autopsie, M. Ford a été atteint de huit projectiles, dont un seul s'est logé dans la région des jambes, les autres s'étant pour la plupart logés dans la région du torse et du cou.

Après avoir tiré la victime, Aalders a quitté la pièce et s'est rendu à la voiture de M. Lawrence Ford. Lorsqu'il s'est rendu compte que les clés n'y étaient pas, Aalders est retourné dans la maison et a fouillé les poches de M. Ford jusqu'à ce qu'il les trouve. Il a pris les clés ainsi qu'une somme de 50 à 60 \$ qui se trouvait dans le porte-monnaie de la victime. L'appellant a ensuite pris les biens volés, y compris la carabine, les fusils et le vin, les a placés dans le coffre de la voiture et il est parti. Il a été arrêté trois jours plus tard à Charlesbourg.

II. Les juridictions inférieures

1. *L'exposé du juge du procès au jury*

Le juge du procès a expliqué au jury que, conformément à la règle générale, le meurtre exige

intention to kill according to the definitions set out in s. 212(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229 (a)(i) and (ii)). He advised the jury that they must first consider whether the appellant had the intention to kill according to that general rule. If so, they must then consider whether this intention involved planning and deliberation. The trial judge stated that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant intended to kill the victim and that the killing was planned and deliberate, then they should find him guilty of first degree murder. However, if they found that he intended to kill the victim, but they had a reasonable doubt that the killing was planned and deliberate, then they should find him guilty of second degree murder.

The trial judge provided the jury members with a written statement of the elements of the crime of first degree murder. The statement read as follows:

[TRANSLATION] In this case, the prosecution had the burden of proving, beyond a reasonable doubt, the following constituent elements:

1. That the accused, Gifford Aalders, on or about January 20, 1986, at Portneuf Station, District of Quebec;
2. unlawfully caused the death of Lawrence Ford;
3. with the intent to cause his death or to cause him bodily harm that he knew was likely to cause his death and was reckless whether his death ensued or not;
4. and he did this with planning and deliberation.

The trial judge pointed out to the jury that if they struck out paragraph 4 in the above statement they would have a list of the elements of second degree murder.

In explaining the meaning of the term "planned and deliberate", the trial judge stated:

une intention de tuer au sens des sous-al. 212a)(i) et (ii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, sous-al. 229a)(i) et (ii)). Il a dit au jury qu'il devait tout d'abord examiner si l'appelant avait l'intention de tuer au sens de la règle générale. Dans l'affirmative, il devait ensuite examiner si l'appelant, lorsqu'il a eu cette intention, avait agi avec préméditation et de propos délibéré. Le juge du procès a dit au jury qu'il devait déclarer l'appelant coupable de meurtre au premier degré s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il avait eu l'intention de tuer la victime et que le meurtre avait été commis avec préméditation et de propos délibéré. Toutefois, il devait le déclarer coupable de meurtre au deuxième degré s'il était d'avis que l'appelant avait eu l'intention de tuer la victime, mais qu'il subsistait un doute raisonnable quant à la préméditation et au propos délibéré.

Le juge du procès a remis aux membres du jury une description écrite des éléments de l'acte criminel qu'est le meurtre au premier degré. Voici cette description:

Dans cette cause, la poursuite avait le fardeau de prouver, hors de tout doute raisonnable, les éléments constitutifs suivants:

1. Que l'accusé, Gifford Aalders, le ou vers le vingt (20) janvier mil neuf cent quatre-vingt-six (1986), à Portneuf Station, district de Québec;
2. a causé illégalement la mort de Monsieur Lawrence Ford;
3. avec l'intention de causer sa mort ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que sa mort s'ensuive ou non;
4. et ce, avec préméditation et de propos délibérés.

Le juge du procès a dit au jury de retrancher le paragraphe 4 pour obtenir la description des éléments du meurtre au deuxième degré.

Pour expliquer le sens de l'expression «préméditation et de propos délibérés», il a dit:

[TRANSLATION] In criminal law, this expression means the carefully thought out design which precedes the carrying out of an unlawful act. It is the commission of an unlawful act after having thought about it.

In other words, one can summarize it by saying: it is a planned and desired act. The person therefore commits a crime with planning and deliberation when he planned it, when he foresaw this eventuality and when he prepared for it accordingly, with full knowledge of it. In other words, it was prepared.

The trial judge then moved to a consideration of the exception under s. 213(d) (now s. 230(d)) of the *Code*. He told the jury that if they had a reasonable doubt about the accused's intention to kill according to the general rule, they should then consider the exception of s. 213(d). If they found the accused intended to commit robbery and caused the death of the victim in the commission of the robbery, they should find him guilty of second degree murder. The trial judge also gave the jury a list of the elements of constructive murder under s. 213(d) of the *Code*. He instructed the jury that if they had a doubt that the accused intended to kill the victim, that it was planned and deliberate or that the elements of s. 213(d) were present, they should acquit the accused.

In response to a question from the jury on premeditation, the trial judge stated:

[TRANSLATION] I will therefore begin by again explaining the meaning of the expression "planned and deliberate" which can be summarized by the word "planned" or the word "planning".

Often instead of always using the full expression "planned and deliberate", it is summarized by saying "planned, prepared in advance, having thought about it in advance, having thought about something in advance", and that's about it for planning.

He also stated:

[TRANSLATION] In criminal law, then, the expression "planned and deliberate" means the carefully thought out design which precedes the carrying out of an unlaw-

En droit criminel, cette expression signifie le dessein réfléchi qui a précédé l'exécution d'un acte illégal. C'est l'accomplissement d'un acte illégal après y avoir pensé.

^a En d'autres mots, on peut résumer en disant: C'est un acte planifié et voulu. Une personne commet donc un crime avec préméditation et de propos délibérés lorsqu'elle l'a planifié, qu'elle a prévu cette éventualité et qu'elle s'est préparée en conséquence, en pleine connaissance de cause. En d'autres mots, elle s'est préparée.

Le juge du procès a alors abordé l'examen de l'exception visée à l'al. 213(d) (maintenant l'al. 230(d)) du *Code*. Il a dit au jury que, s'il avait, par rapport à la règle générale, un doute raisonnable quant à l'intention de tuer de l'accusé, il devait alors tenir compte de l'exception prévue à l'al. 213(d). Si le jury était d'avis que l'accusé avait eu l'intention de commettre un vol qualifié et qu'il avait causé la mort de la victime pendant la perpétration de ce vol qualifié, il devait le déclarer coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a également présenté au jury une liste des éléments constitutifs du meurtre par imputation en vertu de l'al. 213(d) du *Code*. Il a dit au jury qu'il devait acquitter l'accusé s'il avait des doutes quant à l'intention de tuer la victime, quant aux éléments de préméditation et de propos délibéré ou quant à l'existence des éléments prévus à l'al. 213(d).

En réponse à une question posée par le jury sur la préméditation, le juge du procès a dit:

Je vais donc débiter en vous expliquant à nouveau la signification de l'expression «préméditation et de propos délibérés», qu'on peut résumer par le mot «planifier» ou le mot «planification».

Souvent on emploie, au lieu de toujours employer l'expression au long «préméditation et de propos délibérés», bien on peut résumer en disant «planifier, préparer à l'avance, y avoir pensé à l'avance, penser à quelque chose à l'avance», c'est un peu ça la préméditation.

Il a aussi affirmé:

Alors en droit criminel, l'expression «préméditation et de propos délibérés» signifie: le dessein réfléchi qui a précédé l'exécution d'un acte illégal. Alors c'est l'ac-

ful act. So it is the commission of an unlawful act after having thought about it. It is an act which is planned and desired.

In the result, the jury found the appellant guilty of first degree murder.

2. Court of Appeal

The appellant raised four grounds of appeal: the admissibility of his statement to police, the trial judge's charge on first degree murder, the trial judge's failure to instruct on manslaughter and the admissibility of the Crown's rebuttal evidence. The Court of Appeal was unanimous as to the admissibility of the statement, but Proulx J.A. dissented on the other three grounds: [1991] R.J.Q. 2097, 69 C.C.C. (3d) 154. (The appellant sought leave to appeal to this Court on the admissibility of the statement but the application was dismissed on February 6, 1992, [1992] 1 S.C.R. v.)

(a) Proulx J.A. (dissenting)

Proulx J.A. would have allowed the appeal and ordered a new trial.

(i) *Planning and Deliberation*

Proulx J.A. held that the charge to the jury failed to distinguish between planning and deliberation. He stated that the two elements are distinct and must coexist to support a conviction for first degree murder: *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074, and *R. v. Widdifield* (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152 (Ont. H.C.). Proulx J.A. stated (at p. 177 C.C.C.):

[TRANSLATION] While "planned" is understood in the sense of a calculated scheme, the nature and consequences of which have been considered and weighed, it is still necessary that the accused, by his deliberation, consider what he has planned, that is, that he take the time to think about the effect of the act that he proposes to do.

For Proulx J.A., "deliberate" or "*propos délibéré*" had to do with considered reflection once a plan has been formed. He wrote: [TRANSLA-

complissement d'un acte illégal après y avoir pensé. C'est un acte planifié et voulu.

En conséquence, le jury a déclaré l'appellant coupable de meurtre au premier degré.

2. La Cour d'appel

L'appellant a soulevé quatre moyens d'appel: l'admissibilité de la déclaration qu'il a faite aux policiers; l'exposé du juge au jury relativement au meurtre au premier degré; l'absence de directives sur l'homicide involontaire coupable et l'admissibilité de la contre-preuve. La Cour d'appel à l'unanimité a conclu à l'admissibilité de la déclaration, mais le juge Proulx était dissident relativement aux trois autres moyens: [1991] R.J.Q. 2097. (L'appellant a demandé à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre l'admissibilité de la déclaration, mais cette demande a été rejetée le 6 février 1992, [1992] 1 R.C.S. v.)

a) Le juge Proulx (dissident)

Le juge Proulx était d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

(i) *La préméditation et le propos délibéré*

Selon le juge Proulx, le juge du procès n'a pas, dans son exposé au jury, établi de distinction entre la préméditation et le propos délibéré. Le juge Proulx a précisé que ces deux éléments sont distincts et qu'ils doivent coexister pour qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre au premier degré: *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074, et *R. c. Widdifield* (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152 (H.C. Ont.). Il a affirmé, à la p. 2102:

Alors que la préméditation s'entend d'un projet bien arrêté et dont la nature et les conséquences ont été examinées et soupesées, encore est-il requis que le sujet, par son propos délibéré, considère ce qu'il a planifié, c'est-à-dire qu'il prenne le temps de réfléchir sur la portée du geste qu'il se propose d'accomplir.

Pour le juge Proulx, le «propos délibéré» nécessite que la personne prenne le temps de réfléchir une fois le plan arrêté. Il affirme: «le processus de

TION]“the process of deliberation requires that the accused, as I pointed out, take the time to reflect on it”. Proulx J.A. also adopted the following statement from *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53 (Que. Q.B.), at p. 69:

[TRANSLATION] . . . deliberation proceeds from the will enlightened by an intelligence which has had time to reflect upon the nature and the quality of the incriminating act.

Citing the cases of *More v. The Queen*, [1963] S.C.R. 522, *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, and *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471, as authority, Proulx J.A. determined that it is possible for a murder to be planned but not deliberate, or deliberate but not planned. Thus, in his view, if the murder was planned but the final act was prompted by a sudden impulse rather than consideration, it would not be deliberate.

Furthermore, Proulx J.A. thought that if the murder took place as part of another offence, it was essential, in the charge to the jury, to avoid any confusion between the planning and deliberation required for the other offence, and planning and deliberation required for first degree murder.

Considering the whole of the charge to the jury, Proulx J.A. concluded that the trial judge failed to make these distinctions. The charge implied that “deliberate” was subsumed in the notion of “planned”. Proulx J.A. stated: [TRANSLATION] “the trial judge . . . only really submitted a single question to the jury, that is: was the murder planned, desired, premeditated?” (p. 182 C.C.C.). He also noted that the trial judge never defined “deliberate”.

Proulx J.A. found as well that the charge was not clear on the difference between the intention to kill, and the further intention required for first degree murder. In his view by stating that [TRANSLATION] “a planned murder is a desired or even prepared murder” (p. 183 C.C.C.) the trial judge failed to distinguish between a premeditated killing and an intentional killing.

délibération implique que son auteur, comme je l’ai souligné, prenne le temps de réfléchir». Il a également fait sienne la déclaration contenue dans l’arrêt *Pilon c. The Queen* (1965), 46 C.R. 272 (B.R. Qué.), à la p. 286:

. . . le propos délibéré procède de la volonté éclairée par une intelligence qui a pu réfléchir à la nature et à la qualité de l’acte incriminé.

En s’appuyant sur les arrêts *More c. The Queen*, [1963] R.C.S. 522, *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, et *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471, le juge Proulx a précisé qu’un meurtre peut être prémédité, mais non commis de propos délibéré et vice-versa. À son avis, lorsque le meurtre a été prémédité, mais que le geste final a été accompli sous le coup d’une impulsion soudaine plutôt qu’après réflexion, il n’y aurait pas de propos délibéré.

Le juge Proulx a aussi indiqué que si le meurtre survient à l’occasion de la perpétration d’une autre infraction, il est essentiel d’éviter, dans l’exposé au jury, la confusion entre la préméditation et le propos délibéré requis pour cette autre infraction et la préméditation et le propos délibéré requis pour le meurtre au premier degré.

Examinant l’ensemble de l’exposé au jury, le juge Proulx a conclu que le juge du procès a omis de faire ces distinctions. L’exposé laissait entendre que le propos délibéré était compris dans la notion de «préméditation». Le juge Proulx a dit: «le premier juge [. . .] n’a soumis véritablement qu’une seule question au jury, à savoir: le meurtre a-t-il été planifié, voulu, prémédité?» (p. 2105). Il a aussi indiqué que le juge du procès a omis de définir «le propos délibéré».

Selon le juge Proulx, l’exposé n’était pas clair sur la différence entre l’intention de tuer, et l’intention requise pour le meurtre au premier degré. À son avis, en disant qu’«un meurtre planifié est un meurtre voulu ou encore préparé» (p. 2106), le juge du procès a omis de faire une distinction entre un meurtre prémédité et un meurtre intentionnel.

Proulx J.A. thought that if the jury was properly instructed the verdict would not necessarily be the same in this case as the evidence left important questions unanswered. For example, did the appellant plan the murder? Did he deliberate? In Proulx J.A.'s opinion, the answers to these questions must be left to a properly instructed jury.

(ii) *The Rebuttal Evidence*

Applying the principles set out in *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, Proulx J.A. held that the Crown's rebuttal evidence was not admissible, since it only went to a collateral issue. In his view, it was not enough that the evidence be relevant; it had to be important or essential.

Proulx J.A. noted that the appellant did not raise new facts in his testimony. Rather, in his cross-examination, the respondent introduced the idea that the money which was found on the appellant when he was arrested came from his welfare allowance. The origins of the money was a proper question going to recent possession of stolen property. However, Proulx J.A. held that since the appellant had already admitted that he had stolen money from the victim's person and from the residence the testimony of the social services people was in no way essential. In his opinion, the rebuttal evidence went only to the credibility of the appellant, and even though credibility was in issue, this did not make rebuttal evidence on a collateral point admissible: *Krause, supra*; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361, and *R. v. Perry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209 (Ont. C.A.).

(iii) *Manslaughter*

Proulx J.A. held that the trial judge erred in not allowing the issue of manslaughter to be put to the jury. In testimony, the appellant stated that he did not intend to kill the victim. Thus, since his intent to kill was an issue, Proulx J.A. thought that man-

Selon le juge Proulx, si le jury avait reçu les directives appropriées, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même, car la preuve laissait d'importantes questions sans réponse. Par exemple, l'appelant a-t-il planifié le meurtre? A-t-il donné suite à son plan de propos délibéré? De l'avis du juge Proulx, seul un jury ayant reçu des directives appropriées peut répondre à ces questions.

(ii) *La contre-preuve*

Appliquant les principes formulés dans l'arrêt *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, le juge Proulx a conclu que la contre-preuve du ministère public n'était pas admissible parce qu'elle portait seulement sur une question incidente. À son avis, il n'est pas suffisant que la preuve soit pertinente, elle doit aussi être importante ou essentielle.

Il a fait remarquer que l'appelant n'a pas soulevé de faits nouveaux dans son témoignage. C'est plutôt l'intimée, lors du contre-interrogatoire de l'appelant, qui a introduit l'idée que l'argent trouvé en la possession de l'appelant au moment de son arrestation provenait d'allocations d'aide sociale. La question de la provenance de l'argent était pertinente relativement à la possession récente d'objets volés. Toutefois, selon le juge Proulx, puisque l'appelant avait déjà admis qu'il avait dérobé des sommes d'argent tant sur la personne de la victime que dans la résidence, le témoignage des fonctionnaires de l'aide sociale n'était aucunement essentiel. À son avis, la contre-preuve ne visait qu'à attaquer la crédibilité de l'appelant; même si la crédibilité était en cause, cela ne rendait pas pour autant admissible la contre-preuve sur une question incidente: *Krause, précité*; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361, et *R. c. Perry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209 (C.A. Ont.).

(iii) *L'homicide involontaire coupable*

De l'avis du juge Proulx, le juge du procès a commis une erreur en ne soumettant pas au jury la question de l'homicide involontaire coupable. Dans son témoignage, l'appelant a dit qu'il n'avait pas l'intention de tuer la victime. En conséquence,

slaughter should have gone to the jury. He stated that the trial judge had an obligation to address all defences that arose on the evidence: *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373, and *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592.

(b) Chouinard J.A. (concurring with Tourigny J.A.)

(i) *Planning and Deliberation*

In light of the evidence that the appellant knew the victim's daily routine of coming home for lunch, the appellant's confession and his seizure of firearms as soon as he broke in, Chouinard J.A. found that the defence theory (of surprise and panic at the arrival of the victim) lacked credibility. He stated: [TRANSLATION] "Accordingly, the verdict of first degree murder rendered by the jury seems reasonable, in accordance with the verdict that a properly instructed jury would have rendered in a similar case" (p. 158 C.C.C.).

While agreeing that a premeditated crime could still be committed without deliberation, Chouinard J.A. disagreed with Proulx J.A. that this was an issue in the present case. The appellant waited some four hours for the victim to come home, then shot him eight times. The Crown's theory was of long preparation and cold, lucid execution of the plan. Chouinard J.A. thought that this was a reasonable inference to be drawn from the evidence and that it was irreconcilable with fear, surprise and sudden impulse. The jury obviously rejected the latter theory. Furthermore, Chouinard J.A. decided that when read as a whole, the charge to the jury clearly distinguished the notions of planning and deliberation.

(ii) *The Rebuttal Evidence*

Chouinard J.A. held that the recent possession of the car and the victim's possessions and money

puisque l'intention de tuer était en litige, le juge Proulx était d'avis que la question de l'homicide involontaire coupable aurait dû être présentée au jury. Selon le juge Proulx, le juge du procès avait l'obligation de traiter de tous les moyens de défense découlant de la preuve: *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373, et *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592.

b) Le juge Chouinard (souscrivant à l'opinion du juge Tourigny)

(i) *La préméditation et le propos délibéré*

Tenant compte de la preuve que l'appelant savait que la victime venait quotidiennement à sa résidence à l'heure du dîner, de la confession de l'appelant et du fait qu'il s'est approprié les armes dès son arrivée sur les lieux, le juge Chouinard a affirmé que la théorie de la défense (quant à la surprise et à la panique de l'appelant au moment de l'arrivée de la victime) était peu crédible. Il a dit: «Ainsi, le verdict de meurtre au premier degré rendu par le jury me semble raisonnable, conforme à celui qu'un jury convenablement instruit aurait rendu dans une cause semblable» (p. 2111).

Tout en convenant qu'un crime prémédité peut ne pas être commis de propos délibéré, le juge Chouinard ne croyait pas, contrairement au juge Proulx, que cette question était en litige en l'espèce. L'appelant a attendu quelque quatre heures l'arrivée de la victime et l'a alors criblée de huit balles. Selon la thèse du ministère public, il y a eu une longue préparation du plan et une exécution accomplie avec froideur et lucidité. De l'avis du juge Chouinard, cette thèse constituait une inférence raisonnable à tirer de la preuve et elle n'était pas conciliable avec la crainte, la surprise et l'impulsion soudaine. Le jury l'a de toute évidence rejetée. Par ailleurs, le juge Chouinard a affirmé que l'ensemble de l'exposé au jury établissait clairement une distinction entre les notions de préméditation et de propos délibéré.

(ii) *La contre-preuve*

Selon le juge Chouinard, la possession récente de la voiture et des objets de la victime, y compris

at the time of arrest made the origins of these things an important issue even if the theft itself was not contested by the accused.

(c) Tourigny J.A.

(i) *The Rebuttal Evidence*

Tourigny J.A. thought that in the context of the appellant's claims about the origin of the money, the rebuttal evidence was admissible. The facts here differed from *Krause, supra*, where there was no evidence of a statement to police, the contradictions only arose in cross-examination and where the credibility of Krause went to a collateral point only. Here, credibility was not incidental; it was essential, going to *mens rea*. Tourigny J.A. held that the evidence of the social services people could not have been given in the Crown's case, as the Crown could not have foreseen that the appellant would change his story.

Tourigny J.A. thought that this case was also different from *Latour, supra*, where the accused made an alibi defence stating that he had never been to the place in question. The Crown brought rebuttal evidence that the accused had been seen at the location some three months after the crime. In that case, the attack on credibility was collateral. Here, in Tourigny J.A.'s opinion, the appellant made his credibility a central issue by changing his story on his intention to steal and intention to kill.

(ii) *Manslaughter*

Tourigny J.A. held that the trial judge did not err in not putting manslaughter to the jury as, in her opinion, there was nothing in the evidence to support such a conviction. In any event, the jury decided that it was not second degree murder, nor constructive murder, but rather, first degree murder. Tourigny J.A. thought that this verdict was

son argent, lors de l'arrestation de l'accusé, rendait la provenance de ces choses un fait important même s'il ne contestait pas le vol comme tel.

^a c) Le juge Tourigny

(i) *La contre-preuve*

^b Le juge Tourigny a estimé que, dans le contexte des prétentions de l'appelant quant à l'origine de l'argent, la contre-preuve était admissible. Les faits en l'espèce sont différents de ceux de l'affaire *Krause*, précitée, dans laquelle il n'y avait aucune ^c preuve d'une déclaration faite aux policiers, la question de déclarations contradictoires s'était présentée en contre-interrogatoire et la crédibilité de Krause portait sur une question incidente seulement. En l'espèce, la crédibilité n'était pas une ^d question incidente; c'était une question essentielle qui touchait la *mens rea*. Le juge Tourigny a dit que la preuve des employés de l'aide sociale n'aurait pas pu être amenée en preuve principale, car le ^e ministère public ne pouvait prévoir que l'appelant changerait sa version des faits.

D'après le juge Tourigny, la présente affaire diffère également de l'affaire *Latour*, précitée, dans laquelle l'accusé avait présenté une défense ^f d'alibi, affirmant qu'il n'était jamais allé à l'endroit en question. Le ministère public avait amené en contre-preuve que l'accusé avait été vu à cet endroit, quelque trois mois après le crime. Dans ^g cette affaire, l'attaque de la crédibilité portait sur une question incidente. En l'espèce, de l'avis du juge Tourigny, l'appelant, en changeant sa version des faits quant à son intention de voler et à son ^h intention de tuer, a fait de sa crédibilité une question principale.

(ii) *L'homicide involontaire coupable*

ⁱ Le juge Tourigny a conclu que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne soumettant pas au jury la question de l'homicide involontaire coupable puisque, à son avis, rien dans la preuve n'appuyait pareille prétention. Quoi qu'il en soit, le ^j jury a décidé qu'il ne s'agissait ni d'un meurtre au deuxième degré, ni d'un meurtre par imputation,

reasonable, as long as the charge on first degree murder was adequate.

(iii) *Planning and Deliberation*

Tourigny J.A. cited passages from the charge and also reproduced a document that the trial judge had given to the jury. This document set out the elements of the offence, and referred to planning and deliberation as necessary to first degree murder. Tourigny J.A. concluded (at p. 174 C.C.C.):

[TRANSLATION] For my part, [I have to say] I find no error in the instructions given by the judge. Of course, as I previously said, he did not each time repeat the exact words but it appears to me however that, in light of the comments that he made and the references made to the document he had distributed, the jury could not have been led to understand anything else than that it was necessary to find the presence beyond a reasonable doubt of all the constituent elements of first degree murder, including "planning and deliberation".

III. Points in Issue

1. Did the trial judge err in permitting rebuttal evidence to be led by the Crown concerning whether the appellant had been receiving social assistance?
2. Was the trial judge's charge to the jury adequate with regard to the planned and deliberate nature of first degree murder?
3. Was the trial judge's charge to the jury insufficient in that he failed to put the possibility of a conviction of manslaughter to them?

IV. Analysis

1. *The Rebuttal Evidence*

In *Krause, supra*, this Court set out the principles governing the introduction of rebuttal evidence. The general rule is that Crown counsel, in cross-examining an accused, are not limited to subjects which are strictly relevant to the essential issues in a case. Counsel are accorded wide lati-

mais bien d'un meurtre au premier degré. Selon le juge Tourigny, ce verdict est raisonnable si par ailleurs l'exposé à cet égard est adéquat.

a (iii) *La préméditation et le propos délibéré*

Le juge Tourigny a reproduit des extraits de l'exposé ainsi qu'un document que le juge du procès avait remis au jury. Ce document présentait les éléments de l'infraction au jury et mentionnait la préméditation et le propos délibéré en tant qu'éléments nécessaires du meurtre au premier degré. Elle a conclu, à la p. 2123:

c J'avoue, pour ma part, ne pas trouver d'erreur dans les directives données par le juge; certes, comme je l'ai déjà dit, il n'a pas à chaque fois répété les mots précis mais il me paraît cependant que, compte tenu des propos qu'il avait tenus et des références faites au document d qu'il avait distribué, le jury n'a pu être amené à comprendre autre chose que la nécessité de la présence hors de tout doute raisonnable de tous les éléments constitutifs du meurtre au premier degré, y compris le caractère «planifié et de propos délibérés».

e III. Questions en litige

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de présenter une contre-preuve relativement à la question de savoir si l'appelant était bénéficiaire d'aide sociale?
2. L'exposé du juge du procès au jury était-il approprié relativement à la préméditation et au propos délibéré du meurtre au premier degré?
3. L'exposé du juge du procès au jury était-il insuffisant en ce qu'il ne mentionnait pas la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable?

IV. Analyse

1. *La contre-preuve*

i Dans l'arrêt *Krause*, précité, notre Cour a formulé les principes régissant la présentation d'une contre-preuve. La règle générale porte que le substitut du procureur général, en contre-interrogeant un accusé, n'est pas limité aux sujets qui se rattachent strictement aux questions essentielles d'une

tude in cross-examination which enables them to test and question the testimony of the witnesses and their credibility. However, where the questions asked by Crown counsel are not relevant to an issue essential for the determination of the case, the Crown is bound by the answers given and cannot present evidence in rebuttal to challenge the statements made by the witness. The reason for this rule was stated by McIntyre J. in *Krause* at pp. 473-74 in the following words:

This rule prevents unfair surprise, prejudice and confusion which could result if the Crown or the plaintiff were allowed to split its case, that is, to put in part of its evidence—as much as it deemed necessary at the outset—then to close the case and after the defence is complete to add further evidence to bolster the position originally advanced. The underlying reason for this rule is that the defendant or the accused is entitled at the close of the Crown's case to have before it the full case for the Crown so that it is known from the outset what must be met in response.

However, an exception to this rule is made when the defence has raised some new matter or a defence which the Crown has had no opportunity to deal with in presenting its case and which the Crown could not reasonably have anticipated. McIntyre J. expressed the following caveat to the exception on p. 474:

... rebuttal will not be permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made. It will be permitted only when it is necessary to insure that at the end of the day each party will have had an equal opportunity to hear and respond to the full submissions of the other.

He added the following comments regarding the rule against rebuttal on collateral issues:

Where something new emerges in cross-examination, which is new in the sense that the Crown had no chance to deal with it in its case-in-chief (i.e., there was no reason for the Crown to anticipate that the matter would

affaire. Les avocats jouissent, en matière de contre-interrogatoire, d'une grande liberté qui leur permet de vérifier et d'attaquer les dépositions des témoins et leur crédibilité. Toutefois, lorsque le substitut du procureur général pose des questions qui ne se rattachent pas à une question essentielle aux fins de la détermination de l'affaire, le ministre public est lié par les réponses données et ne peut présenter de contre-preuve pour contester les déclarations faites par le témoin. Le bien-fondé de cette règle a été expliqué par le juge McIntyre dans l'arrêt *Krause*, aux pp. 473 et 474:

Cette règle empêche les surprises injustes, les préjudices et la confusion qui pourraient résulter si le ministère public ou le demandeur était autorisé à scinder sa preuve, c'est-à-dire, à présenter une partie de ses éléments de preuve — autant qu'il l'estime nécessaire au départ — pour ensuite terminer la présentation de sa preuve et, après la fin de l'argumentation de la défense, ajouter d'autres éléments de preuve à l'appui de la position présentée au début. La raison d'être de cette règle est que le défendeur ou l'accusé a le droit à la fin de la présentation de la preuve du ministère public de disposer de la preuve complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre.

Toutefois, il y a exception à cette règle lorsque la défense soulève de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter dans sa preuve principale et qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Le juge McIntyre a fait la mise en garde suivante relativement à cette exception, à la p. 474:

... la contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense. Elle ne sera autorisée que si elle est nécessaire pour assurer qu'à la fin de l'audience chaque partie aura eu une chance égale d'entendre les arguments complets de l'autre et d'y répondre.

Il a ajouté les commentaires suivants relativement à la règle interdisant la présentation d'une contre-preuve sur des questions incidentes:

Lorsqu'un élément nouveau ressort du contre-interrogatoire, nouveau dans le sens que le ministère public n'a pas eu l'occasion d'en traiter dans sa preuve principale (c.-à-d. qu'il n'avait aucune raison de prévoir que la

arise), and where the matter is concerned with the merits of the case (i.e., it concerns an issue essential for the determination of the case) then the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal. Where, however, the new matter is collateral, that is, not determinative of an issue arising in the pleadings or indictment or not relevant to matters which must be proved for the determination of the case, no rebuttal will be allowed. [Emphasis added.]

In the case at bar, it has been argued that the rebuttal evidence served only to confirm the fact that the appellant stole money from the Ford residence. The appellant admitted that he robbed the Ford home and therefore, it was argued, the rebuttal evidence was not determinative of an issue which must be proved in order to come to a decision in the case.

In my view, the crucial question with regard to the admission of rebuttal evidence is not whether the evidence which the Crown seeks to adduce is determinative of an essential issue, but rather whether it is related to an essential issue which may be determinative of the case. If the reply evidence goes to an essential element of the case and the Crown could not have foreseen that such evidence would be necessary, then it is generally admissible. Thus, if a statement is made during the course of a witness's testimony at trial which conflicts with other evidence relating to an essential issue in the case, reply evidence will be permitted to resolve the conflict.

It is true that the Crown cannot split its case to obtain an unfair advantage. Nor should the Crown be able to put in evidence in reply on a purely collateral issue. However, it is fit and proper that reply evidence be called which relates to an integral and essential issue of the case. In such circumstances, it would be wrong to deprive the trier of fact of important evidence relating to an essential element of the case. The course of a trial, particularly a criminal trial, must be based upon rules of fairness so as to ensure the protection of the individual accused. However, the rules should not go

question serait soulevée), et lorsque la question porte sur le fond de l'affaire (c.-à-d. sur une question essentielle pour statuer sur l'affaire), le ministère public peut alors être autorisé à présenter une contre-preuve. Toutefois, lorsque la nouvelle question est incidente, c'est-à-dire, non déterminante quant à une question soulevée dans les plaidoiries ou dans l'acte d'accusation ou sans rapport avec des questions dont la preuve est nécessaire pour trancher l'affaire, aucune contre-preuve ne sera autorisée. [Je souligne.]

En l'espèce, on a soutenu que la contre-preuve servait seulement à confirmer que l'appelant avait volé de l'argent dans la résidence des Ford. L'appelant a admis avoir volé des articles dans la maison des Ford; en conséquence, on a soutenu que la contre-preuve n'était pas déterminante quant aux éléments qui doivent être prouvés pour trancher le présent pourvoi.

À mon avis, la question primordiale en ce qui concerne l'admission d'une contre-preuve n'est pas de savoir si la preuve que le ministère public cherche à présenter est déterminante quant à une question essentielle, mais bien de savoir si elle se rappelle à une question essentielle qui peut être déterminante pour trancher l'affaire. Si la contre-preuve porte sur un élément essentiel du litige et si le ministère public ne pouvait prévoir que cette preuve serait nécessaire, alors elle est généralement admissible. En conséquence, lorsqu'un témoin fait, au cours de son témoignage au procès, une déclaration qui entre en conflit avec d'autres éléments de preuve portant sur une question essentielle, la contre-preuve sera autorisée pour résoudre ce conflit.

Il est vrai que le ministère public ne peut scinder sa preuve pour obtenir un avantage injuste. Il ne devrait pas non plus être autorisé à présenter une contre-preuve relativement à une question purement incidente. Toutefois, la présentation d'une contre-preuve peut être autorisée si elle se rapporte à une question essentielle de l'affaire. Dans ces circonstances, il serait erroné de priver le juge des faits d'une preuve importante se rapportant à un élément essentiel du litige. Un procès, plus particulièrement un procès criminel, doit se dérouler conformément aux règles d'équité de façon à garantir

so far as to deprive the trier of fact of important evidence, that can be helpful in resolving an essential element of the case.

Let us consider now the situation presented in this case. It was essential for the Crown to establish that the Ford residence had been robbed by Aalders. It was necessary to prove both that Aalders planned the robbery and that his killing of Lawrence Ford was planned and deliberate. The Crown was anxious to establish the importance and significance of the robbery to Aalders. Viewed realistically the bulk and weight of the articles stolen were such that Aalders had to obtain a vehicle to transport them. That, in turn, required Aalders to wait in the house for the return of Mr. Ford at lunchtime when he could shoot him and take his vehicle. Further, in order to demonstrate the significance and importance of the robbery to Aalders it was necessary for the Crown to show his possession of and his reliance upon the money he took from the Ford house.

In his evidence at trial, Aalders testified that when he first came to the house he did not intend to rob it but simply to ask Mr. Ford if he could get a ride with him from the railway station later on. He admitted that when he went into the house, he committed the robbery, but he stated that the two five dollar bills, and one two dollar bill which he had in his possession at the time of his arrest and which appeared to be quite old, had been given to him by his mother or his grandmother. Yet the evidence given by the victim's son indicated that they might well have come from collection of old bills that was kept by his father and sister. As well, Aalders testified that the \$141 that he had at the time of his arrest came from a welfare cheque which he had received and cashed. Thus the robbery was made to appear as something that was spontaneous, carried out upon the spur of the moment and an incident that was relatively unimportant to Aalders as he had alternative sources of funds.

The Crown would have had no way of knowing that he would testify in that manner in light of his

la protection de la personne accusée. Toutefois, les règles ne devraient pas aller jusqu'à priver le juge des faits d'éléments de preuve importants, susceptibles d'être utiles à la solution d'un élément essentiel du litige.

Examinons maintenant la situation en l'espèce. Le ministère public devait nécessairement établir qu'Aalders avait commis un vol à la résidence des Ford, et, à la fois, que ce vol était prémédité et que le meurtre de Lawrence Ford avait été commis avec préméditation et de propos délibéré. Le ministère public tenait beaucoup à faire ressortir l'importance du vol qualifié pour Aalders. En réalité, vu le volume et le poids des articles volés, Aalders avait besoin d'un véhicule pour les transporter. Il devait donc attendre dans la maison le retour de M. Ford à l'heure du déjeuner pour pouvoir tirer sur lui et prendre son véhicule. En outre, afin d'établir l'importance du vol qualifié pour Aalders, le ministère public devait nécessairement établir qu'Aalders avait en sa possession l'argent qu'il avait pris à la résidence des Ford et qu'il en avait besoin.

Au procès, Aalders a témoigné qu'il n'avait pas l'intention de voler lorsqu'il est arrivé à la maison, mais qu'il voulait simplement demander à M. Ford de le ramener de la gare plus tard. Il a admis avoir commis le vol une fois entré dans la maison, mais il a dit que c'est sa mère ou sa grand-mère qui lui avait donné les deux billets de cinq dollars et le billet de deux dollars (qui paraissaient assez anciens) qui étaient en sa possession lorsqu'il a été arrêté. Toutefois, selon le témoignage du fils de la victime, ces billets pourraient bien faire partie de la collection de billets anciens conservée par son père et sa sœur. Aalders a aussi témoigné que la somme de 141 \$ qu'il avait sur lui lors de son arrestation provenait d'un chèque d'aide sociale qu'il avait reçu et encaissé. On a cherché à faire paraître le vol qualifié comme quelque chose de spontané, commis sur un coup de tête et comme un incident qui avait relativement peu d'importance pour Aalders puisqu'il avait d'autres sources de revenus.

Le ministère public n'avait aucun moyen de savoir que l'appelant allait témoigner ainsi vu la

earlier statement. It is not a sufficient answer to say that Aalders admitted the robbery because even though he did admit it, he denied important aspects of the robbery. This denial presented the robbery in a manner that not only was more favourable to Aalders but also was false and misleading. The evidence from the welfare officials that he had never received welfare payments was relevant and important because it would establish that the robbery was, in all probability, the source of all the money in his possession at the time of his arrest. This evidence was also significant to the charge of murder as it could lead to the reasonable inference that the robbery was of importance to Aalders. It can be inferred from the evidence that the murder of Ford in order to obtain his car was an integral part of the robbery. Evidence as to the details of the robbery formed an important part of the Crown's case. The nature and details of the robbery did not constitute a collateral issue, but rather an integral and essential aspect of the case. In the circumstances of this case, it was appropriate that the Crown call evidence in reply to demonstrate the importance of the robbery to Aalders.

The reason for permitting evidence to be led in reply in this case is not simply that the reply will affect the credibility of Aalders for all testimony in a case will, to some extent, be subject to testing for its credibility. Rather, it is the fact that the evidence goes to an integral element of the case coupled with the recognition that the Crown could not have foreseen the accused would testify in this way which makes the evidence admissible in reply. The bald admission of the robbery in the course of evidence which falsely coloured its nature and changed important details cannot result in a finding that the reply evidence thereby goes solely to collateral issues. The statements given by Aalders to the police which were admitted in the trial, varied from his testimony, and it was important that any confusion with regard to the statements and his testimony on this essential issue be clarified. This could only be done by way of reply. It

déclaration antérieure qu'il avait faite. Il n'est pas suffisant de dire qu'Aalders a admis avoir commis le vol qualifié parce qu'il a aussi nié d'importants aspects de ce vol de manière à le présenter non seulement sous un jour plus favorable pour lui mais aussi d'une façon erronée et trompeuse. Les témoignages des fonctionnaires de l'aide sociale qui ont affirmé qu'Aalders n'a jamais été bénéficiaire d'aide sociale étaient pertinents et importants parce qu'ils servaient à établir que le vol qualifié était, selon toute probabilité, la source de toutes les sommes d'argent trouvées en la possession de l'appelant lors de son arrestation. Ces témoignages étaient aussi importants relativement à l'accusation de meurtre puisqu'ils pouvaient raisonnablement permettre de déduire que le vol était important pour Aalders. On peut déduire de la preuve que le meurtre de Ford, dans le but d'obtenir la voiture de ce dernier, faisait partie intégrante du vol qualifié. Les témoignages concernant les détails du vol constituaient une partie importante de la preuve du ministère public. La nature et les détails du vol n'étaient pas une question incidente; ils étaient plutôt un aspect essentiel de la preuve. Dans les circonstances de l'espèce, le ministère public était justifié de présenter une contre-preuve pour établir l'importance du vol qualifié pour Aalders.

Il y a lieu d'autoriser la présentation d'une contre-preuve en l'espèce non seulement parce que cette contre-preuve permettra d'attaquer la crédibilité d'Aalders, tout témoignage étant, dans une certaine mesure, assujéti à un test de crédibilité, mais plutôt parce que l'élément de preuve en question porte sur un élément essentiel de la preuve et que le ministère public ne pouvait prévoir que l'accusé allait témoigner de cette façon, ce qui rend la contre-preuve admissible. L'aveu même de la perpétration du vol qualifié, fait par l'appelant au cours de son témoignage dans lequel il a faussé la nature de ce vol et changé d'importants détails, ne peut donner lieu à la conclusion que la contre-preuve porte seulement sur des questions incidentes. Les déclarations faites par Aalders aux policiers, déclarées admissibles au procès, différaient de son témoignage; il était donc important que soit clarifiée toute confusion entre les déclarations et le

cannot then be said that the reply evidence constituted the splitting of the Crown's case.

The appellant relied upon two authorities to support his position. The first of these was *Krause, supra*. As I have indicated, the admission of the reply evidence in this case does not offend any of the principles put forward in *Krause*. It is, as well, important to take into account the very different factual background which was presented in the *Krause* case. *Krause* had testified not only with regard to the circumstances which surrounded the murder but also with respect to his involvement with the police during the course of the murder investigation. Crown counsel cross-examined *Krause* about his statements to the police and then applied, pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, to call rebuttal evidence at the conclusion of the case for the defence.

It was observed by McIntyre J., writing on behalf of the unanimous Court, that the trial judge had erred in admitting and permitting the cross-examination on the statement to the police as there had been no inconsistent statement made by the accused in the course of his testimony. Furthermore, it was held that the evidence in respect of which rebuttal had been permitted dealt with the accused's assertion that the police had harassed him before his arrest. This, it was found, was a collateral issue that was neither material nor relevant to a decision as to whether the accused had killed the victim. It reflected only on the integrity of the police and did not touch on the guilt or innocence of *Krause*. That factual situation is a far cry from the one presented in this case. In the case at bar, the reply evidence concerned an issue essential for the determination of the case.

The appellant also relied upon *Latour, supra*. *Latour* had been charged with the robbery of a jewellery store. During the trial it was asserted that he had an alibi. In attempting to challenge this defence, the Crown asked *Latour* whether he had

témoignage sur ce point essentiel. Cette clarification ne pouvait être obtenue que par contre-preuve. On ne peut alors affirmer que la contre-preuve permettait au ministère public de scinder sa preuve.

À l'appui de sa position, l'appellant a invoqué deux arrêts. Le premier est l'arrêt *Krause*, précité. Comme je l'ai indiqué, l'admission de la contre-preuve en l'espèce ne va pas à l'encontre des principes formulés dans l'arrêt *Krause*. Il importe également de tenir compte des faits fort différents de cet arrêt. *Krause* avait témoigné non seulement en ce qui concerne les circonstances qui entouraient le meurtre, mais aussi relativement à sa collaboration avec la police dans le cours de l'enquête sur le meurtre. Le ministère public avait contre-interrogé *Krause* relativement aux déclarations qu'il avait faites aux policiers et avait alors demandé, conformément à l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, d'être autorisé à présenter une contre-preuve après la présentation de la défense.

Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de notre Cour à l'unanimité, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en déclarant admissible et en autorisant le contre-interrogatoire au sujet de la déclaration faite à la police puisque l'accusé n'avait fait aucune déclaration incompatible dans le cours de son témoignage. Notre Cour a statué que l'élément de preuve à l'égard duquel la présentation de la contre-preuve a été autorisée traitait de la déclaration de l'accusé selon laquelle les policiers l'avaient harcelé avant son arrestation. Notre Cour a statué que cela était une question incidente qui n'était ni pertinente ni importante en ce qui a trait à la question de savoir si l'accusé avait tué la victime. Le témoignage de l'accusé portait atteinte seulement à l'intégrité de la police mais il ne touchait pas à la question de sa culpabilité ou de son innocence. Les faits étaient fort différents de ceux de l'espèce. En l'espèce, la contre-preuve touchait à une question essentielle à la détermination du litige.

L'appellant a aussi invoqué l'arrêt *Latour*, précité. *Latour* avait été accusé de vol qualifié dans une bijouterie. Lors du procès, on a soutenu que *Latour* avait un alibi. En tentant d'attaquer ce moyen de défense, le ministère public avait

ever been in a particular jewellery store on specified dates three months subsequent to the robbery. The Crown led rebuttal evidence relating only to the collateral issue as to his presence in another jewellery store on a later date. There it was held that the rebuttal evidence should not have been permitted as it did not deal with any issues relating to the robbery or to the alibi or indeed to any other material issue presented in the case. The sole purpose of the rebuttal evidence was to discredit the appellant's testimony by attacking his credibility on a purely collateral issue. It was therefore improper and inadmissible. Once again that case is very different and readily distinguishable from the one at bar where the rebuttal evidence dealt with an essential issue that was integral to the Crown's case.

2. *The Adequacy of the Charge on First Degree Murder*

There can be no doubt that the aspect of planning and deliberation are separate elements of the crime of murder in the first degree, both of which must be established beyond a reasonable doubt. In *More, supra*, Cartwright J. (as he then was) stated at pp. 533-34:

The evidence that the murder was planned was very strong, but, as was properly pointed out to the jury by the learned trial judge, they could not find the accused guilty of capital murder unless they were satisfied beyond a reasonable doubt not only that the murder was planned but also that it was deliberate. The learned trial judge also rightly instructed the jury that the word "deliberate", as used in s. 202A (2)(a), means "considered not impulsive".

Other meanings of the adjective given in the Oxford Dictionary are "not hasty in decision", "slow in deciding" and "intentional". The word as used in the subsection cannot have simply the meaning "intentional" because it is only if the accused's act was intentional that he can be guilty of murder and the subsection is cre-

demandé à Latour s'il s'était rendu dans une certaine bijouterie, à des dates spécifiées, trois mois après le vol en question. Le ministère public avait présenté une contre-preuve seulement relativement à la question incidente de la présence de Latour dans une autre bijouterie à une date ultérieure. Notre Cour a statué que la contre-preuve n'aurait pas dû être autorisée puisqu'elle ne se rapportait à aucun des éléments concernant le vol qualifié, ni à l'alibi ni, en fait, à aucune autre question substantielle soulevée. La contre-preuve visait seulement à discréditer le témoignage de l'appelant en attaquant sa crédibilité relativement à une question purement incidente. Cette contre-preuve était en conséquence irrégulière et inadmissible. Encore une fois, cet arrêt est fort différent du présent pourvoi et se distingue facilement d'avec ce dernier où la contre-preuve portait sur une question essentielle qui faisait partie intégrante de la preuve de la poursuite.

2. *Le caractère approprié de l'exposé sur le meurtre au premier degré*

Il n'y a aucun doute que la préméditation et le propos délibéré sont des éléments distincts du meurtre au premier degré, lesquels doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable. Dans l'arrêt *More*, précité, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) écrit aux pp. 533 et 534:

[TRADUCTION] La preuve à l'effet que l'appelant avait projeté le meurtre était très concluante, mais, comme le savant juge de première instance l'a signalé au jury avec raison, les jurés ne pouvaient trouver l'accusé coupable de meurtre qualifié à moins d'être convaincus hors de tout doute raisonnable non seulement que l'accusé avait projeté de commettre le meurtre, mais aussi qu'il l'avait commis de propos délibéré. Le savant juge de première instance a, à juste titre, indiqué au jury que le mot «délibéré» à l'art. 202A(2)a signifie «réfléchi, non impulsif».

Les autres sens que l'Oxford Dictionary donne au mot «*deliberate*» (délibéré) sont [TRADUCTION] «peu pressé dans sa décision», «lent à décider», et «intentionnel». Dans ce paragraphe, le mot «délibéré» ne peut pas avoir uniquement le sens de «intentionnel» parce que c'est seulement si son acte a été intentionnel que l'accusé peut être déclaré coupable de meurtre. Ce paragraphe exige la preuve d'un élément de plus pour qu'un

ating an additional ingredient to be proved as a condition of an accused being convicted of capital murder.

It is the appellant's contention that the trial judge failed to adequately distinguish between the elements of planning and deliberation. I cannot accept that contention. It is apparent, when the charge is read as a whole, that the jury was properly instructed with regard to the elements of planning and deliberation. On several occasions, the trial judge told the jury that in order to convict the appellant of first degree murder, they had to find that the act had been [TRANSLATION] "planned and desired". In the written description of the elements of first degree murder which the trial judge gave to the jury, it was clearly indicated in the last paragraph of that document that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that the killing involved [TRANSLATION] "planning and deliberation". This instruction was repeated several times to the jury. As an example, the following instruction given to the jury properly conveys the distinct meanings of the words planned and deliberate:

[TRANSLATION] In criminal law, then, the expression "planned and deliberate" means the carefully thought out design which precedes the carrying out of an unlawful act. So it is the commission of an unlawful act after having thought about it. It is an act which is planned and desired.

The jury submitted a question on planning and deliberation. It is, of course, important that a trial judge respond to questions from the jury accurately and with reasonable detail. It is the position of the appellant that there was some confusion created by the response of the trial judge to this question. Yet the response is, I think, adequate. In defining the word [TRANSLATION] "planned", the trial judge stated:

[TRANSLATION] Often instead of always using the full expression "planned and deliberate", it is summarized by saying "planned, prepared in advance, having thought about it in advance, having thought about something in advance", and that's about it for planning.

This instruction was, I think, particularly appropriate in light of the facts of the case. The position of the Crown throughout the trial was that there

prévenu puisse être déclaré coupable de meurtre qualifié.

L'appellant soutient que le juge du procès a omis de faire la distinction qui s'impose entre les éléments concernant la préméditation et le propos délibéré. Je ne peux accepter cette prétention. Il ressort de la lecture de l'ensemble de l'exposé que le jury a reçu les directives appropriées relativement aux éléments «préméditation» et «propos délibéré». À plusieurs reprises, le juge du procès a dit au jury que, pour déclarer l'appellant coupable de meurtre au premier degré, il devait conclure que l'acte avait été «planifié et voulu». Dans la description écrite des éléments du meurtre au premier degré qu'il a remise au jury, le juge du procès indique clairement dans le dernier paragraphe que le ministère public a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que le meurtre a été commis «avec préméditation et de propos délibérés». Ces directives ont été répétées plusieurs fois au jury. À titre d'exemple, la directive ci-après indique clairement au jury le sens distinct des termes «avec préméditation» et de «propos délibéré»:

Alors en droit criminel, l'expression «préméditation et de propos délibérés» signifie: le dessein réfléchi qui a précédé l'exécution d'un acte illégal. Alors c'est l'accomplissement d'un acte illégal après y avoir pensé. C'est un acte planifié et voulu.

Le jury a demandé une question sur la préméditation et le propos délibéré. Le juge du procès doit bien entendu répondre aux questions du jury avec précision et suffisamment de détails. L'appellant soutient que la réponse du juge du procès a jeté une certaine confusion. Cependant, à mon avis, cette réponse était appropriée. Pour définir le terme «planifié», le juge du procès a dit:

Souvent on emploie, au lieu de toujours employer l'expression au long «préméditation et de propos délibérés», bien on peut résumer en disant «planifier, préparer à l'avance, y avoir pensé à l'avance, penser à quelque chose à l'avance», c'est un peu ça la préméditation.

À mon avis, cette directive, était particulièrement appropriée compte tenu des faits de l'affaire. Tout au long du procès, le ministère public a sou-

had been long and careful preparations for the robbery and murder and that it was carried out in a cold and calculated manner. I agree with the description put forward in the reasons of Chouinard J.A., at p. 159 C.C.C. where he wrote: ^a

[TRANSLATION] These two elements were, in the present case, particularly interconnected. How, in effect, can one conceive that the victim's murder, carried out as it was, could in the jury's mind have been isolated from the notion of commission which was described at length, and thereby limited to planning? The theory of the prosecution, I repeat, alleged lengthy preparation and cold-blooded and lucid [execution]. ^b

The directions given to the jury by the trial judge on the issue of planning and deliberation were quite clear that they were separate concepts, that is to say, distinct elements of first degree murder both of which had to be established beyond a reasonable doubt. Importantly, his reply to the jury's question was lengthy and detailed. He repeated his original instructions and reviewed again the written statement he had left with the jury. Both his oral and written instructions pointed to the need for the Crown to establish, beyond any reasonable doubt, the elements of both planning and deliberation. ^c

3. *Manslaughter*

The appellant submits that the trial judge should have instructed the jury that manslaughter was an alternative verdict. If there was evidence which had "an air of reality" which indicated that Aalders did not intend to kill Lawrence Ford or did not intend to cause him bodily harm which he knew was likely to cause his death, then manslaughter should have been left to the jury as an alternative verdict. See *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, and *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265. ^d

The evidence put forward is the testimony of Aalders to the effect that he did not wish to kill Mr. Ford but only to shoot him in the legs. I cannot ^e

tenu que le vol qualifié et le meurtre avaient été longuement préparés et qu'ils avaient été exécutés avec froideur et lucidité. Je suis d'accord avec la description que le juge Chouinard de la Cour d'appel a présenté dans ses motifs, à la p. 2112: ^f

Ces deux éléments étaient, dans l'espèce, particulièrement reliés. Comment, en effet, concevoir que le meurtre de la victime, exécuté comme il le fut, pouvait dans l'esprit des jurés être isolé de la notion d'accomplissement longuement décrit, pour se restreindre à la préméditation? La thèse de la poursuite, je le répète, affirmait en effet une longue préparation et une exécution accomplie avec froideur et lucidité. ^g

Les directives que le juge du procès a données au jury sur la question de la préméditation et du propos délibéré précisaient clairement qu'il s'agissait de deux concepts distincts, c'est-à-dire d'éléments distincts du meurtre au premier degré, lesquels devaient être prouvés hors de tout doute raisonnable. Il importe de signaler que le juge a répondu d'une façon longue et détaillée à la question du jury. Il a repris ses directives initiales et passé en revue la description écrite qu'il avait remise au jury. Les directives orales et écrites faisaient ressortir que le ministère public devait prouver, hors de tout doute raisonnable, et l'élément «préméditation» et l'élément «propos délibéré». ^h

3. *L'homicide involontaire coupable*

L'appelant soutient que le juge du procès aurait dû informer le jury de la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable. S'il avait été vraisemblable, selon la preuve, de soutenir qu'Aalders n'avait pas eu l'intention de tuer Lawrence Ford ni de lui causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort, la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable aurait alors dû être présentée au jury. Voir les arrêts *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, et *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265. ⁱ

La preuve présentée est le témoignage d'Aalders qui a dit ne pas avoir voulu tuer M. Ford, mais seulement lui tirer dans les jambes. À mon avis, pris ^j

see that there was any air of reality to this testimony when it is viewed in the context of all the evidence in this case.

The appellant arrived at the Ford residence at 8:00 a.m. He was familiar with the Ford family routine and was well aware that no one would be home at that time. He broke into the home and immediately secured and loaded the 30.30 rifle which he used at once to silence the dog. He then armed himself with the smaller, more convenient .32 calibre pistol. Next he made a careful search for ammunition for the handgun both upstairs and in the basement. He shot the lock off a chest and obtained more ammunition for it. He loaded it and placed it in his belt. In his own evidence he did this so that he would not be surprised in the course of his robbery. He gathered together all the stolen articles and placed them by the back door.

It is hard to imagine that he could not have removed the stolen goods earlier, taken them to the woods or left the premises with the money had he wished to do so. Yet he lay in wait for the return of Lawrence Ford which he knew must be around noon, over four hours after he had broken into the house. He took care to conceal himself in the bathroom. When Ford saw his slain dog and turned back towards the bathroom, Aalders advanced towards him firing the gun. Eight bullets entered Ford's body. Only one was in the area of the legs; the rest were in the torso and neck. Ford was executed, his death insured by the repeated shots that were fired into his body. In those circumstances I can see no air of reality whatsoever to Aalders' testimony such that it could possibly be said to raise the defence of manslaughter. This killing has every indication of being a cold blooded, planned and deliberate execution. It follows that it would not have been appropriate to have left manslaughter to the jury.

V. Conclusion and Disposition

The evidence called in reply by the Crown was properly admitted. The directions to the jury on planning and deliberation were adequate. There

dans le contexte de l'ensemble de la preuve, ce témoignage n'a aucune vraisemblance.

L'appelant est arrivé à la résidence des Ford à huit heures. Il connaissait les habitudes de la famille et savait fort bien que personne ne se trouverait à la maison. Il s'est introduit par effraction et a immédiatement trouvé et chargé la carabine 30.30, qu'il a aussitôt utilisée pour faire taire le chien. Il a ensuite pris le pistolet de calibre .32, plus petit et plus commode. Il est alors allé à l'étage et au sous-sol pour chercher des munitions pour le pistolet. Il a fait feu sur la serrure d'un coffret où il a trouvé d'autres munitions. Il a ensuite chargé le pistolet et l'a placé dans sa ceinture. Dans son témoignage, il a dit avoir fait cela de crainte d'être surpris pendant le vol. Il a ensuite rassemblé tous les articles qu'il voulait voler et les a placés près de la porte arrière.

Il est difficile de croire que l'appelant n'aurait pu sortir les articles volés de la maison, les apporter dans le bois ou quitter les lieux avec l'argent s'il l'avait voulu. Il a plutôt guetté l'arrivée de Lawrence Ford qu'il attendait vers midi, soit plus de quatre heures après son introduction dans la maison. Il a pris soin de se cacher dans la salle de bains. Lorsque Ford a vu son chien mort et s'est retourné vers la salle de bains, Aalders s'est avancé vers lui et a fait feu. Ford a été atteint par huit balles, dont seulement une dans la région des jambes et le reste dans le torse et le cou. Ford a été exécuté et est décédé par suite des nombreux projectiles dont il a été atteint. Dans ces circonstances, je ne crois pas que le témoignage d'Aalders pourrait vraisemblablement être interprété de façon à soutenir qu'il permet de soulever la défense d'homicide involontaire coupable. Tout porte à croire que le meurtre a été commis de sang-froid, avec préméditation et de propos délibéré. Il n'aurait donc pas été approprié de mentionner au jury la possibilité d'homicide involontaire coupable.

V. Conclusion et dispositif

C'est à bon droit que la contre-preuve du ministère public a été déclarée admissible. Les directives données au jury sur la préméditation et le propos

was no air of reality to the defence of manslaughter. In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—The appellant argued that the trial judge erred in allowing rebuttal evidence which contradicted the appellant's assertion (made on cross-examination) that he received certain monies from social assistance. This Court addressed the rules applicable to rebuttal evidence in *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466. McIntyre J. stated (at p. 474):

The plaintiff or the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal after completion of the defence case, where the defence has raised some new matter or defence which the Crown has had no opportunity to deal with and which the Crown or the plaintiff could not reasonably have anticipated. But rebuttal will not be permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made. It will be permitted only when it is necessary to insure that at the end of the day each party will have had an equal opportunity to hear and respond to the full submissions of the other.

In the cross-examination of witnesses essentially the same principles apply. Crown counsel in cross-examining an accused are not limited to subjects which are strictly relevant to the essential issues in a case. Counsel are accorded a wide freedom in cross-examination which enable them to test and question the testimony of the witnesses and their credibility. Where something new emerges in cross-examination, which is new in the sense that the Crown had no chance to deal with it in its case-in-chief (i.e., there was no reason for the Crown to anticipate that the matter would arise), and where the matter is concerned with the merits of the case (i.e., it concerns an issue essential for the determination of the case) then the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal. Where, however, the new matter is collateral, that is, not determinative of an issue arising in the pleadings or indictment or not relevant to matters which

délibéré étaient appropriées. Le moyen de défense d'homicide involontaire coupable n'avait aucune vraisemblance. En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en permettant la présentation d'une contre-preuve contredisant le témoignage de l'appelant qui, lors du contre-interrogatoire, a affirmé avoir reçu des prestations d'aide sociale. Notre Cour a examiné les règles qui régissent la contre-preuve dans *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466. Le juge McIntyre y a indiqué, à la p. 474:

Le demandeur ou le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et que le ministère public ou le demandeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Toutefois, la contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense. Elle ne sera autorisée que si elle est nécessaire pour assurer qu'à la fin de l'audience chaque partie aura eu une chance égale d'entendre les arguments complets de l'autre et d'y répondre.

Les mêmes principes s'appliquent essentiellement au contre-interrogatoire des témoins. En contre-interrogeant un accusé, l'avocat du ministère public n'est pas limité aux sujets qui se rattachent strictement aux questions essentielles d'une affaire. Les avocats jouissent, en matière de contre-interrogatoire, d'une grande liberté qui leur permet de vérifier et d'attaquer les dépositions des témoins et leur crédibilité. Lorsqu'un élément nouveau ressort du contre-interrogatoire, nouveau dans le sens que le ministère public n'a pas eu l'occasion d'en traiter dans sa preuve principale (c.-à-d. qu'il n'avait aucune raison de prévoir que la question serait soulevée), et lorsque la question porte sur le fond de l'affaire (c.-à-d. sur une question essentielle pour statuer sur l'affaire), le ministère public peut alors être autorisé à présenter une contre-preuve. Toutefois, lorsque la nouvelle question est incidente, c'est-à-dire, non déterminante quant à une question soulevée dans les plaidoiries ou dans l'acte d'accusation ou sans rapport avec des ques-

must be proved for the determination of the case, no rebuttal will be allowed. [Emphasis added.]

The relationship between cross-examination and rebuttal were similarly described in *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, at pp. 182-83:

On cross-examination, every permissible type of impeachment that may be employed during cross-examination has as one of its purposes the testing of the credibility of the witness. The use of extrinsic evidence to contradict is more restricted due to considerations of confusion of the issues, misleading the jury, undue consumption of time, and unfair prejudice raised by the introduction of so-called collateral matters. If a matter is considered collateral, the testimony of the witness on direct or cross-examination stands—the cross-examiner must take the witness' answer; extrinsic evidence, i.e., evidence offered other than through the witness himself, in contradiction is not permitted. If the matter is not collateral, extrinsic evidence may be introduced disputing the witness' testimony on direct examination or denial of truth of the facts asserted in a question propounded on cross-examination.

The respondent argued that the rebuttal evidence was justified because of discrepancies between the appellant's statement to the police and his testimony. In his declaration to the police, the appellant stated that he went to the Ford house to break in. In testimony, he stated that he went to ask the deceased a favour. In the declaration, the appellant said nothing about aiming the gun at the deceased's legs. In testimony, the appellant stated that he aimed the gun at the deceased's legs and that he did not intend to kill him. The declaration said nothing about the origins of funds found in the appellant's possession upon arrest. In direct examination, the appellant claimed that certain old bank notes were given to him by his mother or his grandmother. In cross-examination, the appellant claimed that other funds in his possession were from a social assistance cheque. The rebuttal evidence of two social welfare workers was that the appellant had never received social assistance, and

tions dont la preuve est nécessaire pour trancher l'affaire, aucune contre-preuve ne sera autorisée. [Je souligne.]

Le rapport entre le contre-interrogatoire et la contre-preuve a été décrit en des termes semblables dans *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 1, aux pp. 182 et 183:

[TRADUCTION] Tous les moyens qui peuvent être utilisés en contre-interrogatoire pour contester la déposition du témoin ont pour but, notamment, de vérifier sa crédibilité. L'utilisation plus restreinte d'une preuve extrinsèque visant à contredire un témoin est commandée par le risque de confondre les questions, d'induire le jury en erreur, de perdre déraisonnablement du temps et de causer un préjudice injuste par l'introduction de questions dites incidentes. Si une question est considérée incidente, la déposition du témoin donnée au cours de l'interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire tient, et le contre-interrogateur doit s'en tenir à la réponse du témoin; la preuve extrinsèque, c'est-à-dire la preuve qui n'est pas déposée par le témoin lui-même, et qui vise à le contredire, est interdite. Si la question n'est pas incidente, la preuve extrinsèque peut être introduite pour contester la déposition du témoin lors de l'interrogatoire principal ou sa négation de l'exactitude des faits avancés dans une question posée en contre-interrogatoire.

L'intimée soutient que l'admission de la contre-preuve était justifiée compte tenu des différences entre la déclaration de l'appelant aux policiers et son témoignage. Dans sa déclaration aux policiers, l'appelant a affirmé s'être rendu chez les Ford pour s'y introduire par effraction. Dans son témoignage, il a déclaré s'y être rendu pour demander une faveur à la victime. Dans sa déclaration, l'appelant n'a pas mentionné avoir pointé le pistolet en direction des jambes de la victime alors qu'il l'a déclaré dans son témoignage, en plus d'y affirmer n'avoir eu aucune intention de tuer la victime. La déclaration est muette sur la provenance de l'argent trouvé en possession de l'appelant au moment de son arrestation. Au cours de l'interrogatoire principal, l'appelant a soutenu avoir reçu de vieux billets de banques de sa mère ou de sa grand-mère. Au cours du contre-interrogatoire, il a prétendu que les autres sommes d'argent trouvées en sa possession provenaient d'un chèque d'aide sociale. Selon la

that his applications for social assistance had been refused.

The respondent took the position that the appellant denied having any intention to commit robbery, and that the rebuttal evidence showed recent possession of stolen property which was essential to prove that the robbery was intentional. The respondent relied on the reasoning of Tourigny J.A., who held that the appellant's testimony [TRANSLATION] "... would be to the effect that he went to the Ford residence without any criminal intent and, *à la rigueur*, there perhaps was not even a break, enter and theft" ([1991] R.J.Q. 2097, 69 C.C.C. (3d) 154, at p. 168 C.C.C.). With respect, the evidence does not support this analysis. Although the appellant did change his story with respect to his intentions in going to the Ford house initially, he never changed his story with respect to the actual robbery. The rebuttal evidence was only relevant to this second point, which had been admitted by the appellant.

In his testimony in chief, the appellant specifically admitted robbing the deceased's house and robbing the deceased's person:

[TRANSLATION] I searched in his pockets until I found the keys.

His wallet was in the same pocket, so I took it out, opened it and took all the money inside it. I went back downstairs and took the money, weapons and wine and took all of this upstairs. I took the keys and opened the trunk of the car and put everything in the trunk, and closed it

After that, I got into the car, started the engine and drove away from the house.

On cross-examination, the appellant was not directly challenged on these points, nor did the appellant attempt to deny the robbery. Rather, he continued to admit it, as the following exchange indicates:

[TRANSLATION]

Q. The money you took: there were American notes, were there any Canadian notes?

contre-preuve offerte par deux employés de l'aide sociale, l'appelant n'a jamais reçu d'aide, ses demandes ayant été rejetées.

L'intimée soutient que l'appelant a nié avoir eu l'intention de commettre un vol qualifié et que la contre-preuve a démontré la possession récente d'objets volés, élément essentiel pour établir que le vol qualifié était intentionnel. L'intimée a invoqué la thèse du juge Tourigny de la Cour d'appel, qui a conclu que le témoignage de l'appelant «est à l'effet qu'il s'est rendu chez les Ford sans aucune intention criminelle et, à la rigueur, qu'il n'y a peut-être même pas eu de vol avec effraction» ([1991] R.J.Q. 2097, à la p. 2118). Avec égards, la preuve n'étaye pas une telle analyse. Bien qu'il ait effectivement changé son récit sur la nature de ses intentions au moment où il se rendait chez les Ford, l'appelant n'a jamais modifié son récit sur le vol qualifié comme tel. La contre-preuve n'était pertinente que relativement à ce second élément, qui avait été admis par l'appelant.

Dans son témoignage principal, l'appelant a précisément admis avoir commis un vol à la fois dans la résidence et sur la personne de la victime:

J'ai fouillé dans ses poches jusqu'à ce que je trouve les clés.

Et son portefeuille était dans la même poche, alors je l'ai sorti, je l'ai ouvert et j'ai pris tout l'argent qu'il y avait à l'intérieur. Je suis retourné en bas et j'ai pris l'argent, les armes et le vin et j'ai ramené tout ça en haut. J'ai pris les clés et j'ai ouvert le coffre arrière de la voiture et j'ai tout mis dans le coffre arrière de la voiture, et j'ai fermé le coffre. . .

Après ça, je suis entré dans la voiture, j'ai lancé le moteur et j'ai quitté la maison.

Au contre-interrogatoire, le témoignage de l'appelant sur ces éléments n'a pas été directement remis en question, et l'appelant n'a pas tenté de nier le vol qualifié. Au contraire, comme l'échange suivant le démontre, il l'a admis à nouveau:

Q. L'argent que vous avez pris, il y avait des billets américains, il y avait des billets canadiens?

A. I think so.

The rebuttal evidence of the social welfare workers was not relevant to the appellant's assertion that he did not intend to kill the deceased, and it was wholly unnecessary to prove the robbery, as this had been admitted by the appellant's own testimony. The respondent had the right to cross-examine the appellant on collateral facts, in order to attack his credibility, but having done so the respondent had to take the appellant's answers. Put in context, the rebuttal evidence attacked the appellant's credibility on the sole question of whether he was a recipient of social assistance, a collateral issue which was raised for the first time in cross-examination.

The respondent also relied on the reasons of Tourigny J.A. arguing that the appellant made his credibility a central issue by giving testimony which differed from his police statement. Tourigny J.A. stated (at p. 168 C.C.C.):

[TRANSLATION] Aalders' credibility, by the choice that he himself had made to change his story and not in the framework of cross-examination, becomes an issue which is not collateral or incidental, but an important issue.

In any case where the accused testifies, his credibility will be on the line. Allowing rebuttal evidence simply because the accused has chosen to make his credibility an issue is far too broad an interpretation of *Krause*. I agree with Proulx J.A. who stated (at p. 187 C.C.C.):

[TRANSLATION] In the present case, the appellant did not deny that he had taken moneys found on the victim's person as well as in his residence. In fact, the appellant had admitted it in his statement and in his testimony; the judge, in his charge to the jury, even took this fact for granted. In this context, how could it be *relevant* and *important or essential* to the determination of the case to show that, contrary to what the appellant stated, the money found in his possession at the time of his arrest, that is *three days* after the commission of the theft and the homicide, did not come from Welfare? [Emphasis in original.]

R. Je pense que oui.

La contre-preuve offerte par les employés de l'aide sociale n'était pas pertinente quant à l'affirmation de l'appelant qu'il n'avait pas l'intention de tuer la victime, et elle était tout à fait inutile pour établir le vol qualifié, l'appelant lui-même ayant admis, lors de son témoignage, l'avoir commis. L'intimée avait le droit de contre-interroger l'appelant sur des faits incidents afin de miner sa crédibilité, mais une fois qu'elle l'avait fait, elle devait s'en tenir à ses réponses. Si on la replace dans le contexte, la contre-preuve a attaqué la crédibilité de l'appelant sur la seule question de savoir s'il avait été bénéficiaire d'aide sociale, une question incidente soulevée pour la première fois lors du contre-interrogatoire.

L'intimée a également invoqué les motifs du juge Tourigny, soutenant que l'appelant a fait de sa crédibilité un élément essentiel en offrant un témoignage différent de sa déclaration faite aux policiers. Le juge Tourigny a indiqué (à la p. 2118):

La crédibilité d'Aalders, par le choix qu'il a fait de son propre chef et non pas dans le cadre d'un contre-interrogatoire, de changer sa version des faits, devient une question non pas collatérale ou accessoire, mais une question principale.

Chaque fois que l'accusé témoigne, sa crédibilité est en jeu. C'est interpréter beaucoup trop largement l'arrêt *Krause* que d'admettre une contre-preuve simplement parce que l'accusé a choisi de faire de sa crédibilité une question en litige. Je suis d'accord avec le juge Proulx de la Cour d'appel lorsqu'il dit (à la p. 2109):

En l'espèce, il n'était pas contesté par l'appelant qu'il avait dérobé la victime de sommes d'argent non seulement sur sa personne mais dans la résidence. En effet, l'appelant l'avait admis dans sa déclaration et dans son témoignage; le juge, dans ses directives au jury, a même pris ce fait pour acquis. Dans ce contexte, comment pouvait-il être *pertinent* et *important* ou *essentiel* au litige de démontrer que, contrairement à ce que l'appelant déclarait, l'argent trouvé en sa possession au moment de son arrestation, soit *trois jours* après la commission du vol et de l'homicide, ne provenait pas du Bien-être social? [En italique dans l'original.]

An error of this nature cannot be cured by application of the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, this Court stated (at pp. 481-82):

Section 613(1)(b)(iii) [now s. 686(1)(b)(iii)] of the *Criminal Code* cannot be invoked in these circumstances. The reviewing tribunal cannot, with anything approaching reality, retry the case to assess the worth of the residual evidence after the improperly adduced evidence has been extracted from the record. The appellate tribunal does not have the advantage of seeing the witnesses, and in any case, was never intended in the criminal process to replace the jury.

Accordingly, I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, SOPINKA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lévesque, Labrecque & Associés, Québec.

Solicitor for the respondent: Georges Letendre, Québec.

On ne peut remédier à une erreur de cette nature en appliquant la réserve du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Dans *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, notre Cour a affirmé (aux pp. 481 et 482):

Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) [maintenant l'al. 686(1)(b)(iii)] du *Code criminel* ne peut être invoqué dans ces circonstances. La Cour d'appel ne peut, de façon vraiment réaliste, juger de nouveau l'affaire pour déterminer la valeur des témoignages qui restent après avoir retiré du dossier ceux offerts illégalement. La Cour d'appel n'a pas l'avantage de voir les témoins et, de toute façon, on n'a jamais voulu qu'elle remplace le jury en matière criminelle.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge SOPINKA est dissident.

Procureurs de l'appellant: Lévesque, Labrecque & Associés, Québec.

Procureur de l'intimée: Georges Letendre, Québec.



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, 1993 Vol. 2

4^e cahier, 1993 Vol. 2

Cited as [1993] 2 S.C.R. 511-688

Renvoi [1993] 2 R.C.S. 511-688

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Flieger v. New Brunswick..... 651

Labour relations — Civil service — Discontinuance of function — Contracting out of work — Province disbanding highway patrol and contracting out patrol's duties to RCMP — Whether patrolmen laid off because of "discontinuance of function" — Whether patrolmen given reasonable notice of termination — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, ss. 20, 26 — Board of Management General Regulation - Civil Service Act, N.B. Reg. 84-229, s. 9(1).

R. v. Bevan 599

Criminal law — Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Flieger c. Nouveau-Brunswick..... 651

Relations de travail — Fonction publique — Suppression d'une fonction — Impartition de travail — Abolition par la province de la patrouille routière et impartition des tâches à la GRC — Les patrouilleurs ont-ils été licenciés en raison de la «suppression d'une fonction»? — Les patrouilleurs ont-ils reçu un préavis raisonnable de la cessation de leur emploi? — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20, 26 — Règlement général du Conseil de gestion - Loi sur la Fonction publique, Règl. du N.-B. 84-229, art. 9(1).

R. c. Bevan 599

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type Vetrovec) à l'égard des témoignages d'auteurs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Trial — Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Erickson..... 649

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused hospitalized following car accident — Blood samples taken for medical purposes — Results of blood-alcohol analysis obtained by police in violation of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Admission of results of blood-alcohol analysis not bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Evans..... 629

Trial — Charge to jury — Circumstantial evidence — Proof beyond reasonable doubt — Whether charge amounted to misdirection on issue of proof beyond reasonable doubt of constituent parts of charge.

Evidence — Recall of witness — Trial judge refusing to allow the Crown to recall witness to give evidence as to having given name of the accused to the police as matching the police profile of suspect — Attempt to recall witness made in response to issue of credibility arising out of cross-examination — Whether or not trial judge erred in refusing to allow Crown to recall witness.

Criminal law — New trial — New trial warranted only if verdict would have necessarily not have been the same, but for the errors — Whether new trial warranted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

Reference re *Education Act* (Que.)..... 511

Constitutional law — Education — Reform of organization of Quebec school boards — Creation of linguistic school boards — Denominational status — Right to dissent — Constitution Act, 1867, s. 93 — Education Act, S.Q. 1988, c. 84, ss. 49, 111, 122, 123, 124, 126 to 139, 206, 223, 227, 230, 261, 354, 423, 424, 425, 428, 439, 519, 521, 522, 527, 568.

SOMMAIRE (Fin)

de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Procès — Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type Vetrovec) à l'égard des témoignages d'auteurs de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Erickson..... 649

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé hospitalisé à la suite d'un accident de voiture — Échantillons de sang pris à des fins médicales — Résultats de l'analyse de l'alcoolémie obtenus par la police en contravention du droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — L'admission des résultats de l'analyse de l'alcoolémie ne déconsidère pas l'administration de la justice — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Evans..... 629

Procès — Exposé au jury — Preuve circonstancielle — Preuve hors de tout doute raisonnable — L'exposé était-il erroné quant à la question de la preuve hors de tout doute raisonnable des éléments constitutifs de l'accusation?

Preuve — Réinterrogatoire d'un témoin — Refus du juge du procès de permettre au ministère public de réinterroger un témoin afin de prouver que ce dernier a mentionné à la police le nom de l'accusé comme étant une personne correspondant au profil du suspect — Tentative de réinterroger le témoin faite après que la question de crédibilité ait été soulevée au cours du contre-interrogatoire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de permettre au ministère public de réinterroger un témoin?

Droit criminel — Nouveau procès — Nouveau procès justifié uniquement si le verdict aurait nécessairement été différent n'eussent été ces erreurs — Le nouveau procès est-il justifié? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).

Renvoi relatif à la *Loi sur l'instruction publique* (Qué.)..... 511

Droit constitutionnel — Éducation — Réforme de l'organisation des commissions scolaires du Québec — Création de commissions scolaires linguistiques — Confessionnalité — Droit à la dissidence — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1988, ch. 84, art. 49, 111, 122, 123, 124, 126 à 139, 206, 223, 227, 230, 261, 354, 423, 424, 425, 428, 439, 519, 521, 522, 527, 568.

IN THE MATTER OF the reference re the
Education Act, S.Q. 1988, c. 84

Quebec Association of Protestant School
Boards, Fédération des commissions
scolaires du Québec, Commission scolaire
Chomedey de Laval, Conseil scolaire de l'île
de Montréal and Montreal Catholic School
Commission *Appellants*

v.

The Attorney General of Quebec
Respondent

and

Jeanne-D'Arc Audet-Grenier, Renelle
Grenier-Gagné, Aurèle Grenier and Achille
Larouche *Intervenants*

INDEXED AS: REFERENCE RE *EDUCATION ACT* (QUE.)

File Nos.: 22112, 22119, 22123, 22124 and 22129.

1992: December 7, 8, 9, 10 and 11; 1993: 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

*Constitutional law — Education — Reform of organi-
zation of Quebec school boards — Creation of linguistic
school boards — Denominational status — Right to dis-
sent — Constitution Act, 1867, s. 93 — Education Act,
S.Q. 1988, c. 84, ss. 49, 111, 122, 123, 124, 126 to 139,
206, 223, 227, 230, 261, 354, 423, 424, 425, 428, 439,
519, 521, 522, 527, 568.*

In 1988 the Quebec National Assembly passed a new
Education Act ("Bill 107"). That Act comprises a funda-
mental reform of the organization of school boards in
the province. The public school system would move

DANS L'AFFAIRE DU renvoi relatif à la
Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1988,
ch. 84

^a L'Association des commissions scolaires
protestantes du Québec, la Fédération des
commissions scolaires du Québec, la
Commission scolaire Chomedey de Laval, le
^b Conseil scolaire de l'île de Montréal et la
Commission des écoles catholiques de
Montréal *Appelants*

^c c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

^d et

Jeanne-D'Arc Audet-Grenier, Renelle
Grenier-Gagné, Aurèle Grenier et Achille
^e Larouche *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR
L'INSTRUCTION PUBLIQUE* (QUÉ.)

^f Nos du greffe: 22112, 22119, 22123, 22124 et 22129.

1992: 7, 8, 9, 10 et 11 décembre; 1993: 17 juin.

^g 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

^h *Droit constitutionnel — Éducation — Réforme de
l'organisation des commissions scolaires du Québec —
Création de commissions scolaires linguistiques — Con-
fessionnalité — Droit à la dissidence — Loi constitu-
tionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur l'instruction
publique, L.Q. 1988, ch. 84, art. 49, 111, 122, 123, 124,
126 à 139, 206, 223, 227, 230, 261, 354, 423, 424, 425,
428, 439, 519, 521, 522, 527, 568.*

^j L'Assemblée nationale du Québec a adopté en 1988
une nouvelle *Loi sur l'instruction publique* («Loi 107»).
Cette loi comporte une réforme fondamentale de l'orga-
nisation des commissions scolaires de la province. Le

from a system organized according to religion to one organized according to language. The organization of these new linguistic school boards will result in the dissolution of the existing "boards for Catholics" and "boards for Protestants". All the property, rights and assets and the staff of these boards will then be transferred to the linguistic boards. However, this reform will not entail the dissolution of the five existing dissentient school boards in the province or of the four existing "confessional" or denominational school boards of Montréal and Québec. The government assumes the power to dissolve a dissentient school board if it becomes inactive and to alter the territory of denominational school boards. When the new educational structures are put in place, *Bill 107* provides for a dissent procedure available to religious minorities, Catholic or Protestant. The Minister is responsible for ruling on any disagreements among the various school boards as to transfers of staff and material resources. He must ensure that the dissentient school board has the assets it needs to operate at its disposal. He is under the same obligation in cases where the territory of a denominational school board has been altered. *Bill 107* also lays down a principle of proportional access to public funds for denominational or dissentient school boards. On the island of Montréal, management of the borrowing and property taxes of school boards is transferred to the Conseil scolaire de l'île de Montréal. Finally, *Bill 107* preserves the Conseil supérieur de l'éducation and its Catholic and Protestant subcommittees. Additionally, although the educational structure created by the Act for linguistic school boards is administratively neutral, schools may be recognized as Catholic or Protestant in accordance with an educational plan adopted pursuant to the Act. Linguistic school boards are also required to organize and offer religious and moral instruction, Catholic or Protestant, and provide it to whoever requests it. Finally, *Bill 107* gives the government and the Minister wide regulatory powers. Ordinarily, determining the curriculum is a matter for government regulation. In general, *Bill 107* provides for the management of schools and school boards, the election of commissioners and the supervision and control of their management, both material and pedagogical.

To ensure that certain provisions of *Bill 107* were constitutional, the Quebec government submitted the

réseau d'enseignement public passerait d'un système structuré selon la confession à un système structuré selon la langue. L'organisation de ces nouvelles commissions scolaires linguistiques entraînera la dissolution des «commissions pour catholiques» et des «commissions pour protestants» existantes. À cette occasion, l'ensemble des biens, droits et actifs, et du personnel de celles-ci seront transmis aux commissions linguistiques. Toutefois, cette réforme n'entraînera pas la dissolution des cinq commissions scolaires dissidentes de la province et des quatre commissions scolaires «confessionnelles» de Montréal et de Québec existant actuellement. Le gouvernement s'accorde le pouvoir de dissoudre une commission scolaire dissidente si celle-ci devient inactive et celui de modifier le territoire des commissions scolaires confessionnelles. Lors de la mise en place des nouvelles structures scolaires, la *Loi 107* prévoit une procédure de dissidence en faveur des minorités religieuses, catholique ou protestante. Il appartient au ministre de statuer sur les désaccords possibles entre les différentes commissions scolaires relativement au transfert de personnel et de ressources matérielles. Il doit veiller à ce que la commission scolaire dissidente ait à sa disposition les biens nécessaires à son fonctionnement. Il est tenu à une même obligation dans le cas de modification du territoire d'une commission scolaire confessionnelle. La *Loi 107* affirme aussi un principe d'accès proportionnel aux fonds publics en faveur des commissions scolaires confessionnelles ou dissidentes. Sur l'île de Montréal, la gestion des emprunts et des impôts fonciers des commissions scolaires est transférée au Conseil scolaire de l'île de Montréal. Enfin, la *Loi 107* maintient le Conseil supérieur de l'éducation et ses sous-comités catholique et protestant. Par ailleurs, bien que la structure scolaire établie par la Loi pour les commissions scolaires linguistiques soit administrativement neutre, des écoles pourraient être reconnues comme catholiques ou protestantes, dans le cadre d'un projet éducatif adopté conformément à la Loi. Les commissions scolaires linguistiques sont également tenues d'organiser et d'offrir un enseignement religieux et moral, catholique ou protestant, et de le dispenser à tous ceux qui le demandent. Enfin, la *Loi 107* accorde des pouvoirs réglementaires étendus au gouvernement et au ministre. Normalement, l'établissement du régime pédagogique relève de la réglementation gouvernementale. De façon générale, la *Loi 107* pourvoit à la gestion des écoles et des commissions scolaires, à l'élection des commissaires et à la surveillance et au contrôle de leur gestion, tant matérielle que pédagogique.

Pour s'assurer de la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi 107*, le gouvernement du Québec a

following constitutional questions to the province's Court of Appeal:

1. Does the *Education Act* (S.Q. 1988, c. 84), in particular ss. 111, 354, 519, 521, 522 and 527, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* by providing for the establishment of French language and English language school boards which will succeed to the rights and obligations of school boards for Catholics and Protestants?

2. Does the *Education Act*, in particular ss. 126 to 139 and 206, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* in its provisions:

(a) which stipulate the manner in which the right to dissent is to be exercised and the manner in which dissentient school boards are to be established;

(b) which give the government the power to change the legal structures of the dissentient school boards and to terminate the existence of those which do not perform any of the functions contemplated in the Act;

(c) which restrict access to these school boards to persons who belong to the same religious denomination as that of these school boards?

3. Does the *Education Act*, in particular ss. 122, 123, 124, 206, 519, 521 and 522, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*:

(a) by continuing the existence of the confessional school boards in their territories;

(b) by allowing the government to change these territories;

(c) by providing for a means of transferring part of their rights and obligations to French language and English language school boards;

(d) by restricting access to these school boards to persons who belong to the same religious denomination as that of these school boards?

4. Does the *Education Act*, in particular ss. 423, 424, 425, 428 and 439, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* in that:

soumis à la Cour d'appel de la province les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Loi sur l'instruction publique* (L.Q. 1988, ch. 84), et plus particulièrement ses art. 111, 354, 519, 521, 522 et 527, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en prévoyant la création de commissions scolaires francophones et anglophones qui succèdent aux droits et obligations des commissions scolaires pour catholiques et pour protestants?

2. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 126 à 139 et 206, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans ses dispositions:

a) qui prévoient le mode d'exercice du droit à la dissidence et le mode de création des commissions scolaires dissidentes;

b) qui accordent au gouvernement le pouvoir de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes et de mettre fin à celles qui n'exercent aucune des fonctions prévues par cette loi;

c) qui réservent l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires?

3. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 122, 123, 124, 206, 519, 521 et 522, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

a) en continuant l'existence des commissions scolaires confessionnelles sur leur territoire;

b) en permettant au gouvernement de modifier ces territoires;

c) en prévoyant un mode de transfert d'une partie de leurs droits et obligations à des commissions scolaires francophones et anglophones;

d) en réservant l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires?

4. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 423, 424, 425, 428 et 439, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait:

(a) it gives the Conseil scolaire de l'île de Montréal the power to borrow money on behalf of all school boards on the island of Montréal;

(b) it authorizes the Conseil scolaire to establish rules for apportioning the proceeds of the tax it collects on behalf of these school boards?

5. Does the *Education Act*, in particular ss. 49, 223, 227, 230, 261 and 568, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*, in that it gives the Catholic committee and the Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation the authority:

(a) to establish rules respecting the confessional nature of the schools of the confessional and dissentient school boards;

(b) to approve the programs of studies for religious instruction offered in such schools and to determine the qualification of persons providing that instruction and those assigned to pastoral or religious care and guidance in such schools?

On two occasions following the hearing in the Court of Appeal the National Assembly passed new statutes (S.Q. 1990, cc. 8 and 28) amending certain provisions of *Bill 107* at issue in the reference. The Court of Appeal agreed to rule on the Act as amended and answered the questions in the negative, except questions 2(a), 3(b) and 4(a), which were answered in the affirmative. The Court of Appeal's answers were unanimous, except with respect to questions 3(b) and 4(b).

After the Court of Appeal's decision the National Assembly again passed a statute (S.Q. 1990, c. 78) which amended certain provisions of *Bill 107* that were the subject of the reference. This Court is ruling on the provisions of *Bill 107* as amended.

Held: The provisions of *Bill 107* at issue in this appeal do not prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*. The five constitutional questions are answered in the negative, provided in the case of question 3(b) there is no territorial reduction within the boundaries of the municipal corporations of the cities of Montréal and Québec, unless the territory so detached is served by a confessional board offering the same rights and privileges.

a) qu'elle confie au Conseil scolaire de l'île de Montréal le pouvoir d'emprunter pour le compte de toutes les commissions scolaires de l'île de Montréal;

b) qu'elle autorise le Conseil scolaire à établir des règles de répartition du produit de la taxe qu'il perçoit pour le compte de ces commissions scolaires?

5. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 49, 223, 227, 230, 261 et 568, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait qu'elle accorde compétence au comité catholique et au comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation:

a) pour établir des règles relatives au caractère confessionnel des écoles des commissions scolaires confessionnelles et dissidentes;

b) pour approuver les programmes d'études pour l'enseignement religieux offert dans de telles écoles et pour déterminer la qualification des personnes qui dispensent cet enseignement et de celles qui sont affectées à l'animation pastorale ou religieuse dans de telles écoles?

À deux reprises après l'audition en Cour d'appel, l'Assemblée nationale a adopté des nouvelles lois (L.Q. 1990, ch. 8 et 28) qui ont modifié certaines dispositions de la *Loi 107* visées par le renvoi. La Cour d'appel a accepté de se prononcer sur la Loi modifiée et a répondu aux questions par la négative, excepté aux questions 2a), 3b) et 4a) qui ont reçu une réponse affirmative. Les réponses de la Cour d'appel sont unanimes, sauf en ce qui concerne les questions 3b) et 4b).

Après la décision de la Cour d'appel, l'Assemblée nationale a de nouveau adopté une loi (L.Q. 1990, ch. 78) qui modifie certaines dispositions de la *Loi 107* faisant l'objet du renvoi. Notre Cour se prononce sur les dispositions de la *Loi 107* ainsi modifiée.

Arrêt: Les dispositions de la *Loi 107* visées dans le présent pourvoi n'affectent pas de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. (1) et (2) de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les cinq questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative, sous réserve quant à la question 3b) qu'il n'y ait pas de réduction territoriale en deçà des limites des corporations municipales des villes de Montréal et de Québec, à moins que le territoire ainsi détaché ne soit desservi par une commission confessionnelle offrant les mêmes droits et privilèges.

Question 1

The province has the power to create linguistic school boards which shall be denominationally neutral, to define their territories and to reassign the property of the old boards to the new ones. The province can go ahead with such a reorganization so long as it does not prejudicially affect the rights and guarantees set out in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. This means chiefly that the right to dissent must be maintained outside Québec and Montréal and that in those two cities, Catholics and Protestants must continue to have access to denominational schools. The boards for Catholics and the boards for Protestants are not the result of the exercise of a right of dissent and are therefore not protected by s. 93. The abolition of the existing boards is therefore not in itself an infringement of the rights guaranteed by the Constitution. Further, if the province has the power to create linguistic school boards, it is proper that it should also have the power to determine their territories.

Question 2

(a) Sections 126 to 139 of *Bill 107*, which provide for the exercise of the right to denominational dissent outside Québec and Montréal, are constitutional. The basis of the right to dissent does not preclude or alter its exercise and does not conflict with the protection given to religious minorities by s. 93. The right to dissent is still linked to the notion of a denominational minority. Recognition of membership in a denominational minority or verification of the latter by the linguistic school board does not limit the right to dissent. The linguistic board has no discretionary authority: its only function is to recognize a situation of fact. Further, *Bill 107* now provides in ss. 510 *et seq.* that exercise of the right to dissent will be possible more or less concurrently with the establishment of the new linguistic school boards. Since the electoral list must be drawn up before the notice of dissent can be served, it is normal that there should be a slight time lag at the start of the process. This is consistent with the very idea of dissent, which is a relative condition. Finally, the method of allocating property and assets in s. 133 does not prejudicially affect the right to dissent either. The system of the Minister allocating "property necessary" for the operation of the school boards rests on a principle which appears to be capable of guaranteeing the rights of dissenters. The necessity test is objective. It means that the means for exercising the right to dissent must be made available without discrimination, with no prejudicial effects, and the dissentient boards must be on the same footing

Question 1

La province a le pouvoir de créer des commissions scolaires linguistiques, neutres confessionnellement, d'en délimiter les territoires et de réattribuer les biens des anciennes commissions aux nouvelles. La province peut procéder à un tel remaniement en autant qu'elle n'affecte pas de façon préjudiciable les droits et garanties énoncés à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela signifie principalement que le droit à la dissidence doit être maintenu en dehors de Québec et de Montréal et que dans ces deux villes, catholiques et protestants puissent continuer à avoir droit à des écoles confessionnelles. Les commissions pour catholiques et les commissions pour protestants ne sont pas le fruit de l'exercice d'un droit de dissidence et ne sont par conséquent pas protégées par l'art. 93. L'abolition des commissions existant actuellement ne constitue donc pas en soi une violation de droits garantis par la Constitution. En outre, si la province a le pouvoir de créer des commissions scolaires linguistiques, il est juste qu'elle ait également celui d'en délimiter les territoires.

Question 2

a) Les articles 126 à 139 de la *Loi 107*, qui encadrent l'exercice du droit à la dissidence confessionnelle en dehors de Québec et de Montréal, sont constitutionnels. L'assiette du droit à la dissidence n'empêche ni ne modifie son exercice et ne va pas à l'encontre de la protection accordée par l'art. 93 aux minorités religieuses. Le droit à la dissidence est encore lié à la notion de minorité confessionnelle. La reconnaissance de l'appartenance à une minorité confessionnelle ou vérification de celle-ci par la commission scolaire linguistique ne limite pas le droit à la dissidence. La commission linguistique n'a aucun pouvoir discrétionnaire; son seul rôle consiste à constater une situation de fait. De plus, la *Loi 107* prévoit maintenant aux art. 510 et suiv. que l'exercice du droit à la dissidence sera possible de façon pratiquement concomitante à la mise en place des nouvelles commissions scolaires linguistiques. Puisqu'il faut attendre que la liste électorale soit dressée pour pouvoir signifier l'avis de dissidence, il est normal qu'il y ait un léger décalage au commencement du processus. Cela tient à la notion même de dissidence qui est un état relatif. Finalement, la méthode d'attribution des biens et actifs de l'art. 133 n'est pas non plus attentatoire au droit à la dissidence. Le système d'attribution des «biens nécessaires» au fonctionnement des commissions scolaires par le ministre repose sur un principe qui paraît capable d'assurer les droits des dissidents. Le critère de nécessité est objectif. Il signifie que les moyens d'exercer le droit à la dissidence doivent être accessibles sans

in this respect as the linguistic boards from which they separate. This includes equality of access to public funds, to means of taxation and, in the event of a reorganization, to the distribution of immovable property, physical facilities and existing personnel. The Minister cannot leave the dissentient school board without resources. If a dissentient board considers it has been wronged, it may resort to the courts to challenge the allocation.

(b) The government's power to alter the legal structures of dissentient school boards respects the guarantees provided by s. 93. The rights and privileges protected by that section are not patrimonial rights. What s. 93 guarantees is the right to dissent *per se*, not the right to certain legal institutions through which it may be exercised. The legislature can therefore alter them without infringing the constitutional protections and redistribute the property of the abolished or transformed boards to others. There is thus no objection to the principle of redistributing the patrimony of the existing school boards for Protestants and Catholics amongst the linguistic boards, provided the new institutions and their establishment maintain the right to dissent or to denominational schools, as the case may be, and their accessories, and provide for fully equal enjoyment of them. The provisions of *Bill 107* in this regard meet these requirements and include transitional provisions which in themselves are adequate. The government's power to wind up an inactive dissentient board does not conflict with a right or privilege of a class of persons in respect of denominational schools since, as it is inactive, the board no longer represents an exercise of the right to dissent. The abolition of an inactive board at a given time does not prevent subsequent exercise of the right to dissent.

(c) Section 206 of *Bill 107* is valid. The legislature can limit access to dissentient schools without infringing constitutionally protected rights. Accepting children from another denomination is not a right or privilege of a denominational nature. Even if attendance is considered in relation to financing, the admission of children of other denominations was not a necessary factor to the effectiveness of the constitutional guarantees and was not related thereto, in particular since in 1867 the trustees could only impose taxes on parents of the dissentient faith.

discrimination, sans qu'ils comportent préjudice, et que les commissions dissidentes doivent se retrouver sur un pied d'égalité à cet égard avec les commissions linguistiques dont elles se détachent. Ceci comprend l'égalité d'accès aux fonds publics, aux moyens d'imposition et, en cas d'une restructuration, au partage des immeubles, facilités matérielles et personnel existants. Le ministre ne peut laisser la commission scolaire dissidente sans ressources. Si une commission dissidente s'estime lésée, elle peut recourir aux tribunaux pour contester la répartition.

(b) Le pouvoir du gouvernement de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes respecte les garanties accordées par l'art. 93. Les droits et privilèges protégés par cet article ne sont pas des droits patrimoniaux. Ce que l'art. 93 garantit, c'est le droit à la dissidence *per se*, non le droit à certaines structures juridiques qui permettent de l'exercer. Par conséquent, le législateur peut les modifier sans enfreindre les protections constitutionnelles et répartir le patrimoine des commissions abolies ou transformées à d'autres. La répartition du patrimoine des commissions scolaires actuelles pour protestants et pour catholiques entre les commissions linguistiques est donc un principe tout à fait admissible, à condition que les nouvelles structures et leur mise en place maintiennent le droit à la dissidence ou à des écoles confessionnelles, selon le cas, ainsi que leurs accessoires, et pourvoient à leur jouissance en pleine égalité. Les dispositions de la *Loi 107* sur ce sujet respectent ces conditions et comportent des mesures transitoires adéquates en soi. Le pouvoir du gouvernement de mettre fin à une commission dissidente inactive ne va pas à l'encontre d'un droit ou privilège d'une classe particulière de personnes relativement aux écoles confessionnelles puisque, étant inactive, cette commission n'incarne plus l'exercice du droit à la dissidence. L'abolition d'une commission inactive en un temps donné n'empêche pas un exercice ultérieur du droit à la dissidence.

(c) L'article 206 de la *Loi 107* est valide. Le législateur peut, sans enfreindre des droits protégés constitutionnellement, limiter l'accès des écoles dissidentes. Le fait d'accepter ou non des enfants d'une autre religion n'est pas un droit ou privilège de nature confessionnelle. Même si l'on considère la fréquentation dans son rapport avec le financement, l'admission d'enfants d'autres confessions ne constituait pas un élément nécessaire à l'efficacité des garanties constitutionnelles et n'y était pas liée, compte tenu notamment du fait qu'en 1867 les syndicats ne pouvaient imposer des taxes qu'aux parents de foi dissidente.

Question 3

(a) The declaration that the legal existence of the denominational school boards of Québec and Montréal continues in s. 122 of *Bill 107* does not breach constitutionally guaranteed rights. Since Confederation Québecers have been entitled to denominational schools if they live outside Québec and Montréal and are a religious minority or if they are Catholics and Protestants living in Québec or Montréal. All provincial legislation on education has therefore to so provide, failing which it is constitutionally invalid. *Bill 107* meets this requirement.

(b) The provisions of *Bill 107* authorizing the government to alter the territories of the confessional school boards of Québec and Montréal do not infringe the s. 93 guarantees to the extent there is no territorial reduction within the boundaries of the municipal corporations of the two cities. A reduction of territory beyond the municipal boundaries would only be valid if the territory so detached was served by a confessional board offering the same rights and privileges.

(c) As regards the transfer of the rights and obligations of the confessional school boards to the linguistic school boards, the provisions of *Bill 107* do not infringe s. 93. The comments about dissentient schools in this connection in question 2(a) also apply here. Rights of ownership, powers to hire staff and powers to use material resources are incidental rights that are only protected to the extent that they are necessary to preserve the denominational character of education. As *Bill 107*, and in particular s. 533, provides that confessional boards will have everything required for their operation, there is no unfair treatment.

(d) The right to denominational education conferred on the inhabitants of Québec and Montréal and protected by s. 93 is not infringed or even altered by the limitation on attendance at denominational school boards contained in s. 206 of *Bill 107*. As indicated in the answer to question 2(c), accepting children from another faith is not a right or privilege of a denominational nature. There was no constitutional guarantee of financing based on a given attendance, since in 1867 the taxing power belonged to the municipal corporations and the amount assigned to the respective boards of school commissioners was paid in proportion to "the population of the religious persuasion represented by such Boards" and since the legislature was free to estab-

Question 3

(a) La déclaration du maintien de l'existence juridique des commissions scolaires confessionnelles de Québec et Montréal, à l'art. 122 de la *Loi 107*, ne porte pas atteinte à des droits constitutionnels garantis. Les québécois ont droit depuis la Confédération à une école de type confessionnel soit s'ils sont hors Québec et Montréal et de foi minoritaire soit s'ils sont catholiques ou protestants et habitent Québec ou Montréal. Toute loi provinciale en matière d'éducation doit donc respecter cette règle sous peine d'invalidité constitutionnelle. La *Loi 107* respecte cette exigence.

(b) Les dispositions de la *Loi 107* qui autorisent le gouvernement à modifier les territoires des commissions scolaires confessionnelles de Québec et Montréal n'enfreignent pas les garanties de l'art. 93 dans la mesure où il n'y a pas de réduction territoriale en deçà des limites des corporations municipales des deux villes. Une réduction de territoire en deçà des limites municipales ne serait valide que si le territoire ainsi détaché était desservi par une commission confessionnelle offrant les mêmes droits et privilèges.

(c) Pour ce qui est du transfert des droits et obligations des commissions scolaires confessionnelles aux commissions scolaires linguistiques, les dispositions de la *Loi 107* ne violent pas l'art. 93. Les commentaires à ce sujet à l'égard des écoles dissidentes à la question 2a) sont également applicables ici. Les droits de propriété, les pouvoirs d'engagement du personnel et ceux d'utilisation des ressources matérielles sont des droits accéssoires qui ne sont protégés que dans la mesure où ils s'avèrent nécessaires pour préserver la professionnalité de l'enseignement. Puisque la *Loi 107*, et en particulier l'art. 533, prévoit que les commissions confessionnelles auront tout ce qui est nécessaire à leur fonctionnement, il n'y a pas de traitement injuste.

(d) Le droit à l'enseignement confessionnel accordé aux habitants de Québec et de Montréal et protégé par l'art. 93 n'est pas enfreint ni même modifié par la limitation de la fréquentation des commissions scolaires confessionnelles prévue à l'art. 206 de la *Loi 107*. Comme l'indique la réponse à la question 2c), le fait d'accepter ou non des enfants d'une autre religion n'est pas un droit ou privilège de nature confessionnelle. Il n'y avait pas de garantie constitutionnelle à un financement basé sur une fréquentation donnée puisque, d'une part en 1867, le pouvoir de taxation appartenait aux corporations municipales et le montant attribué aux bureaux respectifs des commissaires d'école était proportionnel au «chiffre de la population de la croyance.

lish separate schools for non-Christians without infringing the right to denominational schools.

Question 4

(a) The assignment to the Conseil scolaire de l'île de Montréal of the power to borrow on behalf of all school boards on the island of Montréal does not infringe any right or privilege conferred by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Since before Confederation the Montréal school boards had no borrowing power, there can be no question of protection under s. 93. The legislature can therefore grant such a power to the Conseil without infringing the Constitution.

(b) The assignment of the power to allocate the proceeds of school taxes to the Conseil scolaire de l'île de Montréal does not infringe s. 93. In 1867 the power to levy school taxes in the territory of Montréal was the function of the municipal corporation, not the school boards. The legislature can therefore transfer the taxing power to the Conseil without infringing the Constitution. Under s. 439 of *Bill 107*, each board is guaranteed fair and proportional access to school taxes.

Question 5

(a) The establishing of rules respecting the confessional nature of dissentient and confessional school boards by the Catholic and Protestant committees of the Conseil supérieur de l'éducation is not contrary to any right guaranteed by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. After the amendments made in 1990, the committees no longer have to recognize the schools of confessional and dissentient boards. Their status is guaranteed by law. The Conseil is only authorized to take steps to guarantee the already established confessional status.

(b) Granting the Catholic and Protestant committees of the Conseil supérieur de l'éducation the power to approve programs of study and standards applicable to the qualifications of staff assigned to religious instruction does not prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93. The effect of *Bill 107* is to leave within the class of persons concerned the decisions both as to the setting up of religious programs and the qualifications of staff providing religious instruction or care and guidance. Control of such subjects is the

religieuse représentée par les dits bureaux» et, d'autre part, qu'il était loisible à la législature de créer des écoles séparées pour les non-chrétiens sans porter atteinte au droit à des écoles confessionnelles.

Question 4

a) L'attribution au Conseil scolaire de l'île de Montréal du pouvoir d'emprunter pour le compte de toutes les commissions scolaires de l'île de Montréal ne viole aucun droit ou privilège accordé par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme avant la Confédération les commissions scolaires de Montréal ne possédaient aucun pouvoir d'emprunt, il ne peut être question de protection en vertu de l'art. 93. Le législateur peut donc accorder un tel pouvoir au Conseil sans enfreindre la Constitution.

b) L'attribution du pouvoir de répartir le produit de la taxe scolaire au Conseil scolaire de l'île de Montréal ne viole pas l'art. 93. En 1867, le pouvoir de prélever la taxe scolaire sur le territoire de Montréal relevait de la corporation municipale et non des commissions scolaires. Le législateur peut donc transférer le pouvoir de taxation au Conseil sans enfreindre la Constitution. En vertu de l'art. 439 de la *Loi 107*, chaque commission scolaire est assurée d'un accès équitable et proportionnel à la taxe scolaire.

Question 5

a) L'établissement des règles relatives au caractère confessionnel des commissions scolaires dissidentes et confessionnelles par les comités catholique et protestant du Conseil supérieur de l'éducation n'est pas contraire à un droit garanti par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À la suite des modifications apportées en 1990, les comités n'ont plus à reconnaître les écoles des commissions confessionnelles et dissidentes. Leur statut est assuré par la loi. On permet seulement au Conseil de prendre des dispositions qui garantissent cette confessionalité déjà acquise.

b) L'octroi aux comités catholique et protestant du Conseil supérieur de l'éducation du pouvoir d'approbation des programmes d'études et des normes relatives à la qualification du personnel affecté à l'enseignement religieux ne préjudicie pas aux droits et privilèges que protège l'art. 93. La *Loi 107* a pour effet de laisser à l'intérieur de la classe de personnes concernées les décisions tant sur l'établissement des programmes religieux que sur la qualification du personnel destiné à assurer l'enseignement ou l'animation religieuse. Le contrôle de

responsibility of agencies established for this class of persons and consisting of their representatives.

Cases Cited

Considered: *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 and [1926] S.C.R. 246; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **referred to:** *Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872, 21 D.L.R. (4th) 36; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Maher v. Town of Portland* (1874), *Wheeler's Confederation Law of Canada*, 1896, p. 338.

Statutes and Regulations Cited

Act for the establishment and maintenance of Common Schools in Upper Canada, S. Prov. C. 1843, 7 Vict., c. 29.

Act respecting Provincial Aid for Superior Education, — and Normal and Common Schools, C.S.L.C. 1861, c. 15, ss. 18, 24(1), 27, 30, 54, 55, 56(2), (3), 57(1), (3), (5), 58, 64, 66, 73, 74, 128, 130, 131.

Act respecting public elementary and secondary education, S.Q. 1984, c. 39.

Act respecting school elections, R.S.Q., c. E-2.3.

Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation, R.S.Q., c. C-60.

Act respecting the regrouping and management of school boards, S.Q. 1971, c. 67.

Act to amend the Education Act and the Act respecting private education, S.Q. 1990, c. 28.

Act to amend the Education Act and the Act respecting private education, S.Q. 1990, c. 78.

Act to amend the Education Act and the Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation, S.Q. 1990, c. 8.

Act to amend the Law respecting Education in this Province, S.Q. 1869, c. 16, s. 2.

Act to amend the School Law of Lower-Canada, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., c. 50.

Act to promote school development on the island of Montreal, S.Q. 1972, c. 60.

Act to promote the French language in Québec, S.Q. 1969, c. 9, s. 2.

ces sujets relève d'organismes établis pour cette classe de personnes et composés de représentants de celle-ci.

Jurisprudence

a

Arrêts examinés: *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 et [1926] R.C.S. 246; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **arrêts mentionnés:** *Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872; *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Maher c. Town of Portland* (1874), *Wheeler's Confederation Law of Canada*, 1896, p. 338.

b

c

d

Lois et règlements cités

Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure, — et les écoles normales et communes, S.R.B.-C. 1861, ch. 15, art. 18, 24(1), 27, 30, 54, 55, 56(2), (3), 57(1), (3), (5), 58, 64, 66, 73, 74, 128, 130, 131.

Acte pour abroger certains Actes y mentionnés, et pour voir plus amplement à l'établissement et au maintien des Écoles Publiques en cette Province, S. Prov. C. 1841, 4-5 Vict., ch. 18, art. XI.

Acte pour abroger certaines dispositions y mentionnées, et pour pourvoir d'une manière plus efficace à l'Instruction Élémentaire dans le Bas-Canada, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., ch. 27.

Acte pour amender la loi des écoles du Bas-Canada, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., ch. 50.

Acte pour amender les lois concernant l'Éducation en cette Province, S.Q. 1869, ch. 16, art. 2.

Acte pour l'établissement et soutien des Écoles Communes dans le Haut-Canada, S. Prov. C. 1843, 7 Vict., ch. 29.

Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5, art. 2, 12.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

Code civil du Bas-Canada, art. 357 à 361.

Loi concernant le regroupement et la gestion des commissions scolaires, L.Q. 1971, ch. 67.

e

f

g

h

i

j

- Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province*, S. Prov. C. 1841, 4-5 Vict., c. 18, s. XI.
- Act to repeal certain Enactments therein mentioned, and to make better provision for Elementary Instruction in Lower Canada*, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., c. 27.
- Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5, ss. 2, 12.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 23.
- Civil Code of Lower Canada*, arts. 357 to 361.
- Constitution Act, 1867*, s. 93.
- Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23.
- Education Act*, R.S.Q. 1964, c. 235, s. 203(4) [repl. 1969, c. 9, s. 2].
- Education Act*, S.Q. 1899, c. 28, s. 123.
- Education Act*, S.Q. 1988, c. 84 [now R.S.Q., c. I-13.3], ss. 49, 111 [not in force; am. 1990, c. 78, s. 1], 122, 123 [not in force; am. *idem*, s. 2], 123.1 [not in force; ad. *idem*, s. 3], 124 [not in force], 126, 127 [am. 1989, c. 36, s. 260; am. 1990, c. 78, s. 54], 128, 129 [am. 1990, c. 8, s. 12; am. 1990, c. 78, s. 4], 130, 131 [not in force], 132 [repl. 1990, c. 78, s. 5], 133 [*idem*, s. 6], 134 [*idem*, s. 7], 135, 136, 137 [not in force], 138, 139 [not in force], 206 [not in force], 223 [am. *idem*, s. 54], 227, 230 [am. *idem*], 261, 354 [not in force], 423 [am. 1990, c. 8, s. 46], 424, 425, 425.1 [ad. 1990, c. 78, s. 11], 428, 439 [repl. 1990, c. 28, s. 14; am. 1990, c. 78, ss. 12, 54], 510 [not in force; am. 1990, c. 78, s. 16], 515 [not in force], 515.1 to 515.4 [not in force; ad. *idem*, s. 17], 519 [not in force], 520 [not in force], 521 [not in force], 522 [not in force], 523 [not in force], 527 [not in force], 530 [not in force; am. *idem*, ss. 21, 54], 531 [not in force], 533 [not in force], 568 [now R.S.Q., c. C-60, s. 22 (am. 1990, c. 8, s. 69)].
- Education Department Act*, R.S.Q. 1964, c. 233.
- Superior Council of Education Act*, R.S.Q. 1964, c. 234, ss. 15, 22.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93.
- Loi de l'instruction publique*, S.R.Q. 1964, ch. 235, art. 203(4) [repl. 1969, ch. 9, art. 2].
- Loi de l'Instruction publique*, S.Q. 1899, ch. 28, art. 123.
- Loi du Conseil supérieur de l'éducation*, S.R.Q. 1964, ch. 234, art. 15, 22.
- Loi du ministère de l'Éducation*, S.R.Q. 1964, ch. 233.
- Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé*, L.Q. 1990, ch. 28.
- Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé*, L.Q. 1990, ch. 78.
- Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, L.Q. 1990, ch. 8.
- Loi pour favoriser le développement scolaire dans l'île de Montréal*, L.Q. 1972, ch. 60.
- Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, ch. 9, art. 2.
- Loi sur l'enseignement primaire et secondaire public*, L.Q. 1984, ch. 39.
- Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1988, ch. 84 [maintenant L.R.Q., ch. I-13.3], art. 49, 111 [non en vigueur; mod. 1990, ch. 78, art. 1], 122, 123 [non en vigueur; mod. *idem*, art. 2], 123.1 [non en vigueur; aj. *idem*, art. 3], 124 [non en vigueur], 126, 127 [mod. 1989, ch. 36, art. 260], 128, 129 [mod. 1990, ch. 8, art. 12; mod. 1990, ch. 78, art. 4], 130, 131 [non en vigueur], 132 [repl. 1990, ch. 78, art. 5], 133 [*idem*, art. 6], 134 [*idem*, art. 7], 135, 136, 137 [non en vigueur], 138, 139 [non en vigueur], 206 [non en vigueur], 223, 227, 230, 261, 354 [non en vigueur], 423 [mod. 1990, ch. 8, art. 46], 424, 425, 425.1 [aj. 1990, ch. 78, art. 11], 428, 439 [repl. 1990, c. 28, art. 14; mod. 1990, ch. 78, art. 12], 510 [non en vigueur; mod. 1990, ch. 78, art. 16], 515 [non en vigueur], 515.1 à 515.4 [non en vigueur; aj. *idem*, art. 17], 519 [non en vigueur], 520 [non en vigueur], 521 [non en vigueur], 522 [non en vigueur], 523 [non en vigueur], 527 [non en vigueur], 530 [non en vigueur; mod. *idem*, art. 21], 531 [non en vigueur], 533 [non en vigueur], 568 [maintenant L.R.Q., ch. C-60, art. 22 (mod. 1990, ch. 8, art. 69)].
- Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, L.R.Q., ch. C-60.
- Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., ch. E-2.3.
- Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23.

Authors Cited

Carignan, Pierre. «La place faite à la religion dans les écoles publiques par la loi scolaire de 1841» (1982-1983), 17 *R.J.T.* 9.

Doctrine citée

Carignan, Pierre. «La place faite à la religion dans les écoles publiques par la loi scolaire de 1841» (1982-1983), 17 *R.J.T.* 9.

- Carignan, Pierre. "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375.
- Carignan, Pierre. *Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario: un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité.* Montréal: Thémis, 1992.
- Chevrette, François, Herbert Marx et André Tremblay. *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal.* Québec: Ministère de l'Éducation, 1972.
- Garant, Patrice, Jacques Gosselin et Bernard Tremblay. "Les soubresauts de la réforme scolaire: la constitutionnalité de la Loi 3" (1985), 16 *R.D.U.S.* 205.
- Garant, Patrice. *Droit et législation scolaires.* Montréal: McGraw-Hill, 1971.
- Hurtubise, René. "La confessionnalité de notre système scolaire et les garanties constitutionnelles" (1962), 65 *R. du N.* 167.
- Pépin, Gilles. "L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec" (1988), 48 *R. du B.* 427.
- Pratte, Sonia. "La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles: quelques considérations" (1990), 31 *C. de D.* 261.
- Wheeler, Gerald John. *Confederation Law of Canada.* London: Eyre & Spottiswoode, 1896.
- Carignan, Pierre. «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375.
- Carignan, Pierre. *Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario: un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité.* Montréal: Thémis, 1992.
- Chevrette, François, Herbert Marx et André Tremblay. *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal.* Québec: Ministère de l'Éducation, 1972.
- Garant, Patrice, Jacques Gosselin et Bernard Tremblay. «Les soubresauts de la réforme scolaire: la constitutionnalité de la Loi 3» (1985), 16 *R.D.U.S.* 205.
- Garant, Patrice. *Droit et législation scolaires.* Montréal: McGraw-Hill, 1971.
- Hurtubise, René. «La confessionnalité de notre système scolaire et les garanties constitutionnelles» (1962), 65 *R. du N.* 167.
- Pépin, Gilles. «L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec» (1988), 48 *R. du B.* 427.
- Pratte, Sonia. «La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles: quelques considérations» (1990), 31 *C. de D.* 261.
- Wheeler, Gerald John. *Confederation Law of Canada.* London: Eyre & Spottiswoode, 1896.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2498, 32 Q.A.C. 1, on a reference re the constitutionality of certain provisions of the Quebec *Education Act*. The five constitutional questions were answered in the negative.
- Colin K. Irving and Allan R. Hilton, for the appellant the Quebec Association of Protestant School Boards.
- François Houde and Bernard Jacob, for the appellant the Fédération des commissions scolaires du Québec.
- Jean Pomminville and Marie-Josée Vachon, for the appellant the Commission scolaire Chomedey de Laval.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 2498, 32 Q.A.C. 1, relativement à un renvoi sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur l'instruction publique* du Québec. Les cinq questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative.
- Colin K. Irving et Allan R. Hilton, pour l'appelante l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec.
- François Houde et Bernard Jacob, pour l'appelante la Fédération des commissions scolaires du Québec.
- Jean Pomminville et Marie-Josée Vachon, pour l'appelante la Commission scolaire Chomedey de Laval.

François Aquin and Yves Carrières, for the appellant the Conseil scolaire de l'île de Montréal.

Marcel Cinq-Mars, Q.C., André Durocher and Jude Parent, for the appellant the Montreal Catholic School Commission.

Jean-Yves Bernard and Luc Leblanc, for the respondent.

Jacques Larochelle and Line Magnan, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—At issue in this appeal are certain questions concerning the constitutionality of provisions of the *Education Act*, S.Q. 1988, c. 84 (“*Bill 107*”) in light of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, submitted by reference to the Quebec Court of Appeal and on which that Court gave its opinion on September 21, 1990, [1990] R.J.Q. 2498.

I - Background

Following the tabling of the report of the Royal Commission on Education in the Province of Quebec in 1966, the provincial legislature undertook a series of initiatives to make the education system better suited to modern Quebec. By that new legislation, *Bill 107*, the Quebec government sought to carry out a very sweeping reform of the educational institutions in the province.

In 1984 Quebec had passed the *Act respecting public elementary and secondary education*, S.Q. 1984, c. 39 (“*Bill 3*”), which led to court challenges as a result of which the Act was declared to be wholly inoperative by the Superior Court (*Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872, 21 D.L.R. (4th) 36). Rather than appealing this judgment rendered by Brossard J., the Quebec legislature chose to table a new bill in the National Assembly. *Bill 107* was assented to on December 23, 1988 but the Quebec legislature felt it was advisable to submit certain questions to the Court

François Aquin et Yves Carrières, pour l'appellant le Conseil scolaire de l'île de Montréal.

Marcel Cinq-Mars, c.r., André Durocher et Jude Parent, pour l'appelante la Commission des écoles catholiques de Montréal.

Jean-Yves Bernard et Luc Leblanc, pour l'intimé.

Jacques Larochelle et Line Magnan, pour les intervenants.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent pourvoi a pour objet certaines questions touchant la constitutionnalité de dispositions de la *Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1988, ch. 84 («*Loi 107*»), eu égard à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soumises par renvoi à la Cour d'appel du Québec et sur lesquelles celle-ci a donné son opinion du 21 septembre 1990, [1990] R.J.Q. 2498.

I - Le cadre

À la suite du dépôt du rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec en 1966, le législateur provincial a entrepris une série d'initiatives pour rendre le système d'enseignement mieux adapté au Québec moderne. Par cette nouvelle législation, la *Loi 107*, le gouvernement du Québec entend réformer très profondément les structures scolaires de la province.

En 1984, le Québec avait adopté la *Loi sur l'enseignement primaire et secondaire public*, L.Q. 1984, ch. 39 («*Loi 3*»), qui a donné lieu à des contestations judiciaires à la suite desquelles la Loi a été entièrement invalidée par la Cour supérieure (*Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872). Plutôt que d'en appeler de ce jugement rendu par le juge Brossard, le législateur québécois a préféré présenter un nouveau projet de loi à l'Assemblée nationale. La *Loi 107* a été sanctionnée le 23 décembre 1988 mais le législateur québécois a jugé à propos de soumettre certaines questions à la

of Appeal to ensure that certain provisions of the Act complied with s. 93 of the Constitution.

On April 26, 1989 the Government of Quebec adopted order in council 610-89 and submitted to the Quebec Court of Appeal, pursuant to the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23, five sets of questions concerning the province's jurisdiction over legislative reform of education. On two occasions following the hearing in the Court of Appeal the Quebec legislature passed statutes amending certain provisions of *Bill 107* at issue in the reference. These were the *Act to amend the Education Act and the Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation*, S.Q. 1990, c. 8, assented to on May 4, 1990, and the *Act to amend the Education Act and the Act respecting private education*, S.Q. 1990, s. 28, assented to on June 22, 1990. After consulting the parties, the Court of Appeal agreed to rule on *Bill 107* as amended.

On September 21, 1990 the Court of Appeal, *per LeBel* and *Beauregard JJ.A.*, handed down its decision in the reference and between October 5 and 17, 1990 the bodies intervening in the Court of Appeal filed notices of appeal in this Court. Two months later, the Quebec legislature passed the *Act to amend the Education Act and the Act respecting private education*, S.Q. 1990, c. 78, which also amended certain provisions that were the subject of the reference, in accordance with the opinions of the Court of Appeal. On March 18, 1991 the application by the Attorney General of Quebec asking this Court to rule on the provisions of *Bill 107* as amended was allowed.

A. Constitutional Questions

The constitutional questions are as follows:

1. Does the *Education Act* (S.Q. 1988, c. 84), in particular ss. 111, 354, 519, 521, 522 and 527, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* by providing for the establishment of French language and English language school boards which will succeed to the

Cour d'appel pour s'assurer de la conformité de certaines dispositions de la Loi à l'art. 93 de la Constitution.

Le 26 avril 1989, le gouvernement du Québec adopte le décret 610-89 et soumet à la Cour d'appel du Québec, conformément à la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23, cinq groupes de questions relatives à la compétence de la province en matière de réforme législative scolaire. À deux reprises après l'audition en Cour d'appel, la législature du Québec adopte des lois qui modifient certaines dispositions de la *Loi 107* que vise le renvoi. Il s'agit de la *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, L.Q. 1990, ch. 8, sanctionnée le 4 mai 1990, et de la *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé*, L.Q. 1990, ch. 28, sanctionnée le 22 juin 1990. La Cour d'appel accepte de se prononcer sur la *Loi 107* telle que modifiée, après consultation des parties.

Le 21 septembre 1990, la Cour d'appel, par la plume du juge *LeBel* et celle du juge *Beauregard*, rend sa décision dans le renvoi et entre le 5 et le 17 octobre 1990 les organismes, intervenants en Cour d'appel, déposent un avis de pourvoi devant cette Cour. Deux mois plus tard, la législature québécoise adopte la *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé*, L.Q. 1990, ch. 78, qui modifie également certaines dispositions faisant l'objet du renvoi, à la suite des avis de la Cour d'appel. Le 18 mars 1991, la requête du procureur général du Québec demandant que cette Cour se prononce sur les dispositions de la *Loi 107* ainsi modifiée est accueillie.

A. Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. La *Loi sur l'instruction publique* (L.Q. 1988, ch. 84), et plus particulièrement ses art. 111, 354, 519, 521, 522 et 527, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en prévoyant la création de commissions scolaires franco-

- rights and obligations of school boards for Catholics and Protestants?
2. Does the *Education Act*, in particular ss. 126 to 139 and 206, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* in its provisions:
- (a) which stipulate the manner in which the right to dissent is to be exercised and the manner in which dissentient school boards are to be established;
- (b) which give the government the power to change the legal structures of the dissentient school boards and to terminate the existence of those which do not perform any of the functions contemplated in the Act;
- (c) which restrict access to these school boards to persons who belong to the same religious denomination as that of these school boards?
3. Does the *Education Act*, in particular ss. 122, 123, 124, 206, 519, 521 and 522, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*:
- (a) by continuing the existence of the confessional school boards in their territories;
- (b) by allowing the government to change these territories;
- (c) by providing for a means of transferring part of their rights and obligations to French language and English language school boards;
- (d) by restricting access to these school boards to persons who belong to the same religious denomination as that of these school boards?
4. Does the *Education Act*, in particular ss. 423, 424, 425, 428 and 439, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* in that:
- (a) it gives the Conseil scolaire de l'île de Montréal the power to borrow money on behalf of all school boards on the island of Montréal;
- (b) it authorizes the Conseil scolaire to establish rules for apportioning the proceeds of the tax it collects on behalf of these school boards?
- phones et anglophones qui succèdent aux droits et obligations des commissions scolaires pour catholiques et pour protestants?
2. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 126 à 139 et 206, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans ses dispositions:
- a) qui prévoient le mode d'exercice du droit à la dissidence et le mode de création des commissions scolaires dissidentes;
- b) qui accordent au gouvernement le pouvoir de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes et de mettre fin à celles qui n'exercent aucune des fonctions prévues par cette loi;
- c) qui réservent l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires?
3. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 122, 123, 124, 206, 519, 521 et 522, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:
- a) en continuant l'existence des commissions scolaires confessionnelles sur leur territoire;
- b) en permettant au gouvernement de modifier ces territoires;
- c) en prévoyant un mode de transfert d'une partie de leurs droits et obligations à des commissions scolaires francophones et anglophones;
- d) en réservant l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires?
4. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 423, 424, 425, 428 et 439, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait:
- a) qu'elle confie au Conseil scolaire de l'île de Montréal le pouvoir d'emprunter pour le compte de toutes les commissions scolaires de l'île de Montréal;
- b) qu'elle autorise le Conseil scolaire à établir des règles de répartition du produit de la taxe qu'il perçoit pour le compte de ces commissions scolaires?

5. Does the *Education Act*, in particular ss. 49, 223, 227, 230, 261 and 568, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*, in that it gives the Catholic committee and the Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation the authority:

- (a) to establish rules respecting the confessional nature of the schools of the confessional and dissentient school boards;
- (b) to approve the programs of studies for religious instruction offered in such schools and to determine the qualification of persons providing that instruction and those assigned to pastoral or religious care and guidance in such schools?

The question underlying this entire dispute is, as the appellant the Quebec Association of Protestant School Boards states at p. 11 of its factum:

... whether it is open to the National Assembly in exercising its authority to create a new non-denominational language board school system to appropriate or in the case of Montreal and Quebec City, to authorize the appropriation of the existing minority Protestant system under the conditions laid down by Bill 107.

B. Description of Proposed Reform

The primary purpose of *Bill 107* is to re-focus educational institutions on the school and create a network of institutions to bring parents closer to the school and have them participate more actively in its management and orientation.

Bill 107 also comprises a fundamental reform of the organization of school boards. The Quebec public school system would move from a system organized according to religion to one organized according to language. Thus, the new legislation divides the province into two groups of territories, one of territories for French-language school boards and the other of territories for English-language school boards.

The organization of these new linguistic school boards will result in the dissolution of the existing "boards for Catholics" and "boards for Protes-

5. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 49, 223, 227, 230, 261 et 568, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait qu'elle accorde compétence au comité catholique et au comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation:

- a) pour établir des règles relatives au caractère confessionnel des écoles des commissions scolaires confessionnelles et dissidentes;
- b) pour approuver les programmes d'études pour l'enseignement religieux offert dans de telles écoles et pour déterminer la qualification des personnes qui dispensent cet enseignement et de celles qui sont affectées à l'animation pastorale ou religieuse dans de telles écoles?

La question qui sous-tend tout le litige est, comme le fait ressortir l'appelante, l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec, à la p. 11 de son mémoire:

[TRADUCTION] ... savoir si l'Assemblée nationale peut, dans l'exercice de son pouvoir de créer un nouveau système de commissions scolaires non confessionnelles structuré selon la langue, intégrer le système actuel de la minorité protestante ou, dans le cas de Montréal et de Québec, en autoriser l'intégration aux termes des conditions établies par la Loi 107.

B. Description de la réforme proposée

L'objectif premier de la *Loi 107* est de recentrer l'organisation scolaire sur l'école, de créer un réseau d'institutions dans le but de rapprocher les parents de l'école et de les faire participer plus activement à sa gestion et à son orientation.

La *Loi 107* comporte également une réforme fondamentale de l'organisation des commissions scolaires. Le réseau d'enseignement public québécois passerait d'un système structuré selon la confession à un système structuré selon la langue. Ainsi, la nouvelle législation prévoit deux découpages de la province, l'un en territoires de commissions scolaires francophones, l'autre en territoires de commissions scolaires anglophones.

L'organisation de ces nouvelles commissions scolaires linguistiques entraînera la dissolution des «commissions pour catholiques» et des «commis-

tants". All the property, rights and assets and the staff of these boards will then be transferred to the linguistic boards.

However, this reform will not entail the dissolution of the five existing dissentient school boards, namely the Protestant dissentient school board of Baie-Comeau, the Catholic dissentient school board of Greenfield-Park, the Laurentian Protestant dissentient school board, the Catholic dissentient school board of Portage-du-Fort and the Protestant dissentient school board of Rouyn. Similarly, the four existing "confessional" or denominational school boards of Montréal and Québec will continue to exist.

The government assumes the power to dissolve a dissentient school board when it becomes inactive and to alter the territory of denominational school boards.

I adopt the description of LeBel J.A. (at p. 2513), which sets out clearly the background to the reference:

[TRANSLATION] After the new educational structures are in place, the legislation provides for a dissent procedure available to denominational religious minorities, Catholic or Protestant . . . In the event of disagreement between the dissentients and the linguistic school boards, the Minister is responsible for ruling on problems caused by transfers of staff and material resources. The Minister must ensure that the dissentient school board has the assets it needs to operate at its disposal . . . He is under the same obligation in cases where the territory of a denominational school board has been altered . . . The Act also lays down a principle of proportional access to public funds, in financing and operating the school system, for denominational or dissentient school boards . . .

On the island of Montréal, management of the borrowing and property taxes of school boards is transferred to the Conseil scolaire de l'Île de Montréal, a public corporation, composed of a majority of members appointed by representatives of school boards and a few

sions pour protestants» existantes. À cette occasion, l'ensemble des biens, droits et actifs, et du personnel de celles-ci seront transmis aux commissions linguistiques.

Toutefois, cette réforme n'entraînera pas la dissolution des cinq commissions scolaires dissidentes existant actuellement, soit la Commission scolaire dissidente protestante de Baie-Comeau, la Commission scolaire dissidente catholique de Greenfield-Park, la Commission scolaire dissidente protestante Laurentienne, la Commission scolaire dissidente catholique de Portage-du-Fort et la Commission scolaire dissidente protestante de Rouyn. De même, les quatre commissions scolaires «confessionnelles» de Montréal et de Québec qui existent aujourd'hui continueront leur existence.

Le gouvernement s'accorde le pouvoir de dissoudre une commission scolaire dissidente lorsque celle-ci sera inactive et celui de modifier le territoire des commissions scolaires confessionnelles.

Pour reprendre l'exposé du juge LeBel, à la p. 2513, qui cerne fort bien le cadre du renvoi:

Après la mise en place des nouvelles structures scolaires, la législation prévoit une procédure de dissidence, en faveur des minorités religieuses confessionnelles, catholiques ou protestantes [. . .] En cas de désaccord entre les dissidents et les commissions scolaires linguistiques, il appartient au ministre de statuer sur les problèmes causés par les transferts de personnel et de ressources matérielles. Le ministre doit veiller à ce que la commission scolaire dissidente ait à sa disposition les biens nécessaires à son fonctionnement [. . .] Il est tenu à une même obligation dans le cas de modification du territoire d'une commission scolaire confessionnelle [. . .] La loi affirme aussi un principe d'accès proportionnel aux fonds publics, dans le financement et le fonctionnement du système scolaire, en faveur des commissions scolaires confessionnelles ou dissidentes . . .

Sur l'Île de Montréal, la gestion des emprunts et des impôts fonciers des commissions scolaires est transférée au Conseil scolaire de l'Île de Montréal, personne morale de droit public, formée de membres désignés en majorité par des représentants de commissions scolaires

representatives of parents appointed by the Government
....

Finally, the Act preserves the organization known as the Conseil supérieur de l'éducation and its Catholic and Protestant subcommittees

Additionally, although the educational structure created by the Act for linguistic school boards is administratively neutral, schools may be recognized as Catholic or Protestant in accordance with an educational plan adopted pursuant to the Act. Linguistic school boards are also required to organize and offer religious and moral instruction, Catholic or Protestant, and provide it to whoever requests it.

Finally, the Act gives the government and the Minister wide regulatory powers. Ordinarily, determining the curriculum is a matter for government regulation In general, the Act provides for the management of schools and school boards, the election of commissioners and the supervision and control of their management, both material and pedagogical.

C. Parties and Intervenors

The appellants and the intervenors in the case all intervened in the reference to the Court of Appeal.

The Conseil scolaire de l'île de Montréal is a body created in 1972 pursuant to the *Act to promote school development on the island of Montreal*, S.Q. 1972, c. 60. Its argument relates only to the fourth constitutional question. It is of the view that it might usefully inform the courts of the role it plays *vis-à-vis* the school boards on the island of Montréal as regards borrowing and apportioning tax proceeds, and that it could thus assist in determining whether or not, in these matters, *Bill 107* has a prejudicial effect within the meaning of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

The Fédération des commissions scolaires du Québec was created to promote the interests of education and to bring together the various Catholic school boards in Quebec. It feels it should take all necessary steps to defend and protect the interests of its members — at present 173 Catholic school boards — and of Catholic school boards in Quebec in general. In this Court, the Fédération is

et de quelques représentants de parents désignés par le Gouvernement . . .

Enfin, la loi maintient l'organisme connu comme le Conseil supérieur de l'éducation et ses sous-comités catholique et protestant . . .

Par ailleurs, bien que la structure scolaire établie par la loi pour les commissions scolaires linguistiques soit administrativement neutre, des écoles pourraient être reconnues comme catholiques ou protestantes, dans le cadre d'un projet éducatif adopté conformément à la loi. Les commissions scolaires linguistiques sont également tenues d'organiser et d'offrir un enseignement religieux et moral, catholique ou protestant, et de le dispenser à tous ceux qui le demandent.

Enfin, la loi accorde des pouvoirs réglementaires étendus au gouvernement et au ministre. Normalement, l'établissement du régime pédagogique relève de la réglementation gouvernementale [. . .] De façon générale, la loi pourvoit à la gestion des écoles et des commissions scolaires, à l'élection des commissaires et à la surveillance et au contrôle de leur gestion, tant matérielle que pédagogique.

e C. Les parties et les intervenants

Lès appelants et les intervenants dans le dossier sont tous intervenus au renvoi en Cour d'appel.

Le Conseil scolaire de l'île de Montréal est un organisme constitué en 1972 en vertu de la *Loi pour favoriser le développement scolaire dans l'île de Montréal*, L.Q. 1972, ch. 60. Son argumentation ne traite que de la quatrième question constitutionnelle. Il considère qu'il peut utilement informer les tribunaux du rôle qu'il joue auprès des commissions scolaires de l'île de Montréal en matière d'emprunt et de répartition du produit de la taxe et qu'ainsi il peut aider à apprécier si, sur ces questions, la *Loi 107* crée un préjudice ou non au sens de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Fédération des commissions scolaires du Québec a pour but de promouvoir les intérêts de l'éducation et de grouper les diverses commissions scolaires catholiques du Québec. Elle estime devoir prendre toutes les initiatives nécessaires pour défendre et protéger les intérêts de ses membres—actuellement 173 commissions scolaires catholiques—et de l'ensemble des commissions

appealing the answers given by the Court of Appeal to questions 1, 2(a) and (b) and 3(b) and (c).

The Montreal Catholic School Commission is responsible for Catholic public schools serving the territory of the Montreal school municipality. It is one of the school boards which in 1985 asked the Superior Court to strike down *Bill 3*. In the instant reference, it is challenging the legality of *Bill 107* as a whole; alternatively, it is asking this Court to declare the provisions submitted to it to be unconstitutional.

The Quebec Association of Protestant School Boards, which comprises twenty-six Protestant school boards, is asking this Court to answer constitutional questions 1, 2 and 3 in the affirmative.

The Commission scolaire Chomedey de Laval, which represents Catholics residing in the territory served by it, is especially concerned with constitutional questions 1, 2 and 5. However, it is asking this Court to declare *Bill 107* completely *ultra vires* the National Assembly. Further, it is questioning the Privy Council decision in *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200, when it refused to recognize constitutional guarantees for the religious majority outside Québec and Montréal.

The bodies I have just mentioned all appealed from the Court of Appeal judgment.

Jeanne-D'Arc Audet-Grenier, Renelle Grenier-Gagné, Aurèle Grenier and Achille Larouche were interveners in the Court of Appeal and obtained leave from this Court to intervene. These persons, who reside in various places in Quebec outside the City of Québec and Montréal, and who profess the Catholic faith, would like the Court to declare that *Bill 107* is totally inoperative and *ultra vires*.

scolaires catholiques du Québec. La Fédération en appelle devant cette Cour des réponses données par la Cour d'appel relativement aux questions 1, 2a) et b), ainsi que 3b) et c).

a

La Commission des écoles catholiques de Montréal est responsable des écoles publiques catholiques desservant le territoire de la municipalité scolaire de Montréal. Elle est l'une des commissions scolaires qui, en 1985, avait demandé à la Cour supérieure l'invalidation de la *Loi 3*. Dans le présent renvoi, elle conteste la légalité de la *Loi 107* dans son ensemble; subsidiairement, elle demande à cette Cour de déclarer inconstitutionnelles les dispositions qui lui sont soumises.

L'Association des commissions scolaires protestantes du Québec qui regroupe vingt-six commissions scolaires protestantes demande à cette Cour de répondre affirmativement aux questions constitutionnelles 1, 2 et 3.

La Commission scolaire Chomedey de Laval qui représente les catholiques résidant sur le territoire qu'elle dessert est particulièrement préoccupée par les questions constitutionnelles 1, 2 et 5. Cependant, elle demande à cette Cour de déclarer la *Loi 107* totalement *ultra vires* de l'Assemblée nationale. En outre, elle remet en question la décision du Conseil privé dans *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200, lorsqu'il refuse de reconnaître des garanties constitutionnelles à la majorité religieuse en dehors de Québec et de Montréal.

Les organismes que je viens de mentionner se sont tous pourvus contre l'arrêt de la Cour d'appel.

Jeanne-D'Arc Audet-Grenier, Renelle Grenier-Gagné, Aurèle Grenier et Achille Larouche étaient intervenants devant la Cour d'appel et ont obtenu de cette Cour la permission d'intervenir. Ces personnes qui sont domiciliées en différents points du territoire québécois, en dehors de Québec et de Montréal, et qui professent la foi catholique souhaitent faire déclarer la *Loi 107* totalement invalide et *ultra vires*.

D. *Legal Framework of Reference*

The reference raises no issue as to the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including s. 23. It is concerned only with whether certain legislative provisions are consistent with s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'école des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

In view of the importance of this section in the appeal at bar, serving as it does as a reference point, it is worth looking more closely at the section and recalling its origins and the nature and scope of the guarantees it provides.

Section 93 is unanimously recognized as the expression of a desire for political compromise. It served to moderate religious conflicts which threatened the birth of the Union. At the time, dis-

D. *Le cadre juridique du renvoi*

Le renvoi ne soulève aucune question d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, y compris son art. 23. Il vise uniquement la conformité de certaines dispositions législatives aux par. (1) et (2) de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:—

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'école des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

Étant donné l'importance de cet article dans le présent pourvoi puisque c'est lui qui sert d'étalon, il convient de s'y attarder pour rappeler sa genèse ainsi que la nature et la portée des garanties qu'il accorde.

Il est unanimement reconnu que l'art. 93 est l'expression d'un désir de compromis politique. Il a permis l'atténuation de conflits religieux qui menaçaient la réalisation de l'Union. À l'époque,

agreements between communities hinged on religion rather than language.

This Court noted the essential nature of s. 93 in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (“*Ontario Separate Schools Reference*”).

The introductory part of the section assigns exclusive jurisdiction over education legislation to the provinces. The Privy Council and this Court have on numerous occasions affirmed this principle, which is not at issue in the present appeal: *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1926] S.C.R. 246 and [1928] A.C. 200; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Ontario Separate Schools Reference*, and *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377 (“*G.M.P.S.B.*”), *inter alia*. Professor Carignan is of the view (*Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l’Ontario* (1992)) that provincial jurisdiction over education was essential in order to obtain the support of Lower Canada during the pre-Confederation negotiations.

Section 93 goes on to impose limits on this jurisdiction, limits resulting from the creation of guarantees for certain classes of persons. In “La raison d’être de l’article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d’éducation” (1986), 20 *R.J.T.* 375, at p. 451, Professor Carignan states:

[TRANSLATION] . . . the only effect of the provision is to prevent the various legislatures from backing away from the legislation on denominational schooling in effect in 1867 in their respective territories. Accordingly, the extent of the constitutional protection varies from one province to another. The drafters were thereby demonstrating not so much a preference for entrenchment as a desire to facilitate the proposed federation by disarming the opposition of those who, favouring denominational schools, might fear that a political reorganization would

les mésententes entre les populations portaient plus sur la religion que sur la langue.

Cette Cour a rappelé ce caractère essentiel de l’art. 93 dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 («*Renvoi relatif aux écoles séparées de l’Ontario*»).

La disposition liminaire de l’article comporte l’attribution aux provinces de la compétence exclusive en matière de législation scolaire. Le Conseil privé et cette Cour ont eu maintes fois l’occasion d’affirmer ce principe qui n’est d’ailleurs pas remis en question dans le présent pourvoi: *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1926] R.C.S. 246 et [1928] A.C. 200; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Renvoi relatif aux écoles séparées de l’Ontario*, et *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377 («*Régime pédagogique*»), notamment. Pour le professeur Carignan (*Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l’Ontario* (1992)), la compétence provinciale en matière d’éducation était essentielle pour obtenir l’appui du Bas-Canada lors des pourparlers pré-confédératifs.

La suite de l’art. 93 impose des limites à cette compétence, limites qui proviennent de l’établissement de garanties en faveur de certaines classes de personnes. Le professeur Carignan considère dans «La raison d’être de l’article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d’éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375, à la p. 451:

. . . le seul effet de la disposition est d’empêcher les diverses législatures de faire marche arrière en matière de confessionnalité scolaire par rapport à la législation en vigueur en 1867 dans leurs territoires respectifs. De ce fait, la protection constitutionnelle varie en ampleur d’une province à l’autre. En se comportant de la sorte, le constituant manifeste moins une faveur pour le constitutionnalisme qu’un souci de faciliter le projet de fédération désarmant l’opposition de ceux qui, favorables aux écoles confessionnelles, pouvaient craindre qu’une

threaten already established legislative protection in this area.

Section 93(1) may be described, as Professor Carignan does, as a constitutionalizing provision and s. 93(2) as a provision extending the scope of the law. While s. 93(1) crystallizes certain pre-existing rights and privileges, it must not make the introductory provision meaningless. Imposing too many limits on provincial legislatures would prevent them from exercising their jurisdiction over education effectively. As Viscount Cave L.C. says in *Hirsch*, *supra*, at p. 215, s. 93

does not purport to stereotype the educational system of the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make laws in regard to education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the Legislature can effectively exercise the power so entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

As to s. 93(2), Beetz J. in *G.M.P.S.B.*, *supra*, considers at p. 418 that it

does not . . . trench rights or privileges which existed in either province by law at the Union. It is section 93(1), and not s. 93(2) on its own, which raises "Right(s) or Privilege(s) with respect to Denominational Schools" to the status of constitutional norms . . . Section 93(2) does not replace the rule in s. 93(1), but it does complete it.

The question which is at the heart of the present constitutional reference is therefore whether the legislation complies with the guarantees given with respect to denominational education in 1867. However, as LeBel J.A. points out (at p. 2509):

[TRANSLATION] The order does not raise this question in general terms . . . Instead, it consists of five separate questions or sets of questions. However, their wording is not completely closed. In each case, the government asks questions which relate to certain specific provisions, but uses expressions such as "in particular" and

restructuration politique ne mette en danger une protection législative déjà acquise en la matière.

À l'instar du professeur Carignan, l'on peut a décrire le par. (1) de l'art. 93 comme un mécanisme de constitutionnalisation et le par. (2) b comme un mécanisme d'extension juridique. Si le paragraphe (1) de l'art. 93 implique la cristallisation de certains droits et privilèges préexistants, il ne doit cependant pas rendre sans objet la disposition liminaire. Imposer trop de limites aux législatures provinciales les empêcherait d'exercer efficacement leur compétence en matière d'éducation. Comme le dit le vicomte Cave, lord chancelier, dans *Hirsch*, précité, à la p. 215, l'art. 93 c

[TRADUCTION] ne prétend pas stéréotyper le système d'éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la législature de la province à légiférer en matière d'éducation sous réserve seulement des dispositions de l'article; et on voit difficilement comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter e aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

Quant au par. 93(2), le juge Beetz, dans *Régime pédagogique*, précité, estime à la p. 418 qu'il f

ne donne pas valeur constitutionnelle à des droits ou des privilèges qui existaient dans l'une ou l'autre province lors de l'Union. C'est le par. 93(1), et non le par. 93(2) pris isolément, qui érige en normes constitutionnelles les «droit(s) ou privilège(s) (. . .) relativement aux écoles confessionnelles». [. . .] Le paragraphe 93(2) ne remplace pas la règle énoncée au par. 93(1); il la complète.

La question qui est au cœur de la vérification constitutionnelle demandée est donc de savoir si la législation respecte les garanties données à l'égard de l'enseignement confessionnel en 1867. Toutefois, comme le fait remarquer le juge LeBel, à la p. 2509: i

Le décret ne pose pas cette question globalement [. . .] Il comprend plutôt cinq questions ou groupes de questions distincts. Leur rédaction n'est toutefois pas complètement fermée. Le Gouvernement pose à chaque fois des questions se rapportant particulièrement à certaines dispositions spécifiques, mais en employant des expres-

“including”. These expressions indicate that the Court does not have to give a general opinion on the bill as a whole. It must fully examine the questions submitted, but taking into account all provisions it may consider relevant.

II - Background

A. *Legislation in Effect in 1867*

When in s. 93 the framers prohibit the legislatures from prejudicially affecting certain rights, they do not list or describe those rights. The only indication we have is that these are rights or privileges “with respect to Denominational Schools”. The framers provide no further definition of their nature or extent, but refer us to those recognized by law at the Union. This choice can be explained by the variety of situations existing in the founding provinces.

As Wilson J. says in the *Ontario Separate Schools Reference*, *supra*, at pp. 1177-78: “Our task therefore is to examine the laws in force prior to Confederation to see what rights or privileges they gave”. This needs to be done in light of the judicial decisions clarifying that legislation.

(1) The Lower Canada Education Act of 1861

(a) *Legislation Relevant to the Reference*

In education the Act in effect in Lower Canada in 1867 was the *Act respecting Provincial Aid for Superior Education, — and Normal and Common Schools*, C.S.L.C. 1861, c. 15 (“1861 Act”). It provides for two kinds of system. The general system applied to “rural areas”, that is throughout Lower Canada apart from the cities of Québec and Montréal. Special provisions applied to those two municipalities. The differences related to both the central administration and the local administration.

As the issue here concerns denominational education as a right or privilege protected by s. 93 of

sions comme «particulièrement» et «notamment». Celles-ci indiquent que la Cour n’a pas à donner un avis d’ensemble sur la totalité du projet de loi. Elle examine complètement les questions soumises, mais en prenant en considération toutes dispositions qu’elle estimerait pertinentes.

II - Historique

A. *Les lois en vigueur en 1867*

Le Constituant, en interdisant aux législatures, par l’art. 93, de porter atteinte à certains droits, ne les énumère pas, ne les décrit pas. La seule indication que nous avons est qu’il s’agit de droits ou privilèges «relativement aux écoles confessionnelles». Le Constituant n’en définit pas davantage la nature ou l’étendue mais nous renvoie à ceux reconnus par la loi au moment de l’Union. Ce choix s’explique par la diversité des situations prévalant dans les provinces fondatrices.

Comme le dit le juge Wilson dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées de l’Ontario*, précité, à la p. 1178: «Notre tâche donc consiste à examiner les lois en vigueur avant la Confédération, afin de découvrir quels droits ou privilèges elles conféraient.» Il y a lieu de le faire à la lumière de la jurisprudence qui les a précisés.

(1) La loi scolaire du Bas-Canada de 1861

a) *Les caractéristiques législatives pertinentes dans le cadre du renvoi*

En matière scolaire, la loi en vigueur en 1867 dans le Bas-Canada est l’*Acte concernant l’allocation provinciale en faveur de l’éducation supérieure,—et les écoles normales et communes*, S.R.B.-C. 1861, ch. 15 («*Loi de 1861*»). Celle-ci prévoit deux sortes de régimes. Le droit commun concerne «les campagnes», c’est-à-dire l’ensemble du territoire bas-canadien sauf les villes de Québec et de Montréal. Un régime d’exception est applicable à ces deux municipalités. La différence de régime se retrouve tant au niveau de l’administration centrale qu’à celui de l’administration locale.

Comme le débat porte sur la confessionnalité en tant que droit ou privilège protégé par l’art. 93 de

the Constitution, I shall not consider the central administration. It is clear that there was no denominational aspect there at the time of the Union, since as this Court noted in *Hirsch, supra*, at p. 259, it was not until 1869 (*An Act to amend the Law respecting Education in this Province*, S.Q. 1869, c. 16) that the Council of Public Instruction was given two committees, one Roman Catholic and the other Protestant.

In the so-called rural areas, that is outside Québec and Montréal, the *1861 Act* provided (s. 27) for the establishment of "common" schools, that is, according to the ordinary meaning of the words, schools open to all children whatever their race, language or religion. In each municipality the school meeting, comprising all landholders and householders, elects school commissioners. All levels of the local school administration are denominationally neutral: at least, the Act assigns no denomination to them.

However, the *1861 Act* does not prohibit denominational instruction in common schools. Nor does it prevent a school being given a denominational character. Indeed, it is for this reason that the educational system in general had a bi-denominational character in 1861, with on the one hand the majority schools, using the opportunity open to them under the Act of giving a school a denominational character, and on the other dissentient schools, to which I shall return, the purpose of which was precisely to be denominational schools.

The *1861 Act* allows [TRANSLATION] "religious groups who are numerically inferior to acquire a parallel local administration through administrators elected among themselves" (Carignan, "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation", *supra*, at p. 411). Section 55 is the key provision:

55. When in any Municipality, the regulations and arrangements, made by the School Commissioners for the conduct of any School, are not agreeable to any

la Constitution, je laisse de côté l'examen de l'administration centrale. En effet, il est certain qu'il ne s'y trouve aucune empreinte confessionnelle au moment de l'Union puisque ce n'est qu'en 1869 (*Acte pour amender les lois concernant l'Éducation en cette Province*, S.Q. 1869, ch. 16) que le Conseil de l'instruction publique fut doté de deux comités, l'un catholique romain, l'autre protestant, comme le rappelle cette Cour dans *Hirsch*, précité, à la p. 259.

Dans les zones dites rurales, soit à l'extérieur de Québec et de Montréal, la *Loi de 1861* prévoit l'établissement d'écoles «communes» (art. 27), c'est-à-dire, selon le sens ordinaire des mots, des écoles ouvertes à tous les enfants quelles que soient leur race, leur langue ou leur religion. Dans chaque municipalité, l'assemblée scolaire, formée de l'ensemble des propriétaires de bien-fonds et des habitants, élit les commissaires scolaires. Tous les degrés de l'administration scolaire locale sont neutres confessionnellement. Du moins, la Loi ne leur attribue pas de caractère confessionnel.

Toutefois, la *Loi de 1861* n'interdit pas l'enseignement confessionnel dans les écoles communes. Elle n'empêche pas non plus d'imprimer un caractère confessionnel à l'école. C'est d'ailleurs pour cette raison que le système éducatif présente en général, en 1861, un caractère biconfessionnel avec, d'une part, les écoles de la majorité, usant de la possibilité offerte par la Loi de doter l'école d'une teinte confessionnelle et, d'autre part, les écoles dissidentes, sur lesquelles je vais revenir, dont l'objet est précisément d'être des écoles confessionnelles.

La *Loi de 1861* permet «à des groupes religieux en situation d'infériorité numérique de se donner une administration locale parallèle par l'intermédiaire d'administrateurs élus entre eux» (Carignan, «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation», *loc. cit.*, à la p. 411). L'article 55 est la disposition-clé:

55. Si, dans quelque municipalité que ce soit, les règlements et arrangements des commissaires d'école pour la régie d'une école, ne conviennent pas à un nom-

number whatever of the inhabitants professing a religious faith different from that of the majority of the inhabitants of such Municipality, the inhabitants so dissentient may collectively signify such dissent, in writing, to the Chairman of the Commissioners, and give in the names of three Trustees, chosen by them for the purposes of this Act:

What makes the difference between the designated group and the rest of the population is very clearly expressed: it is religious faith. The legislature's intent is indicated by its taking this one criterion into account: there is no mention here of language or race. Under this section, therefore, it was possible for parents belonging to a faith other than that of the majority to break away and form their own schools. The facts disclose that a majority of the population was Roman Catholic in most rural areas of Lower Canada at that time. In general, therefore, the right to dissent was available to Protestants, taking into account once again the facts. In the few regions with a Protestant majority — the counties of Mégantic, Missisquoi, Shefford, Sherbrooke and Stanstead — it was the Roman Catholics who could exercise their right of dissent.

The 1861 Act undoubtedly ascribed a denominational character to dissentient schools, as Viscount Cave noted in *Hirsch, supra*, at p. 209. In particular, s. 56(3) provides that only individuals belonging to the dissentient minority can vote and be elected to the position of trustee.

In short, in the rural areas of Quebec two types of school and school board existed by law: the "common" schools, which were neutral, open to everyone, and eventually *de facto* denominational, and the dissentient schools, which were *de jure* denominational. That was the conclusion of the Privy Council in *Hirsch, supra*, at pp. 209-10, which this Court adopted in *Greater Hull, supra*:

It is convenient at this stage to deal, as regards these schools in the rural area, with the first of the two questions above formulated, namely, whether any and which of them were denominational schools in which any class of persons had by law any right or privilege at the Union. That the dissentient schools in the rural area fall

bre quelconque d'habitants professant une croyance religieuse différente de celle de la majorité des habitants de telle municipalité, les dits habitants dissidents collectivement pourront signifier leur dissentiment par écrit au président des dits commissaires, et lui soumettre les noms de trois syndics choisis par eux pour les fins de cet acte:

Ce qui fait la différence entre le groupe désigné et le reste de la population est très clairement exprimé, c'est la croyance religieuse. L'intention du législateur est révélée par la prise en considération de ce seul critère: il n'est nullement ici question de langue ou de race. Il était donc possible, selon cet article, aux parents d'une croyance autre que celle de la majorité de se dissocier et de former leurs propres écoles. Les faits révèlent que dans la plupart des zones rurales du Bas-Canada à l'époque, la majorité de la population était catholique romaine. En général, la dissidence était donc accessible; compte tenu encore une fois des faits, aux protestants. Dans les quelques régions à majorité protestante—comtés de Mégantic, Missisquoi, Shefford, Sherbrooke et Stanstead—ce sont les catholiques romains qui pouvaient exercer leur droit de dissidence.

La Loi de 1861 attribue indubitablement un caractère confessionnel aux écoles dissidentes, comme le souligne le vicomte Cave dans *Hirsch*, précité, à la p. 209. Notamment, le par. 56(3) prévoit que seuls les individus de la minorité dissidente peuvent voter et être élus au poste de syndic.

En somme, dans les zones rurales du Québec, il existe juridiquement deux types d'écoles et de commissions scolaires: les écoles «communes», neutres, ouvertes à tous, éventuellement confessionnelles *de facto* et les écoles dissidentes, confessionnelles *de jure*. Telle est la conclusion du Conseil privé dans *Hirsch*, précité, aux pp. 209 et 210, que notre Cour a adoptée dans *Greater Hull*, précité:

[TRADUCTION] Il convient, à ce stade, d'examiner, en ce qui concerne ces écoles en zone rurale, la première des deux questions formulées précédemment, savoir s'il s'agissait d'écoles confessionnelles à l'égard desquelles la loi avait conféré un droit ou un privilège à une classe de personnes lors de l'Union. Il est certain que les

within that category can hardly be doubted. . . . No doubt it is true, as stated by the Canadian Courts, that in most of the school districts in the rural area the majority of the landholders and householders are Roman Catholics, and, accordingly, that the common schools in those districts (other than the dissentient schools) are in fact controlled by members of that religious community; but, if so, the result is due to the circumstances of the particular school districts, and it is not a right or privilege to which any class of persons are "by law" entitled. [Emphasis added.]

In this respect the Privy Council was following the position it had taken in 1874 in *Maher v. Town of Portland* (reported in *Wheeler's Confederation Law of Canada* (1896), at p. 338), dealing with common schools in New Brunswick. The ability which a majority of electors had, through the exercise of their right to vote, to elect commissioners of the same faith and through them to establish denominational education in a school did not give the school a denominational status at law and so did not give rise to a right to denominational schooling. Although as I have already said the common schools were frequently as a matter of fact denominational, this was still accidental, dependent on the will of the commissioners and on the vagaries of elections in which the right to vote and eligibility were not subject to any religious requirement. In such a system, there were no denominational schools that could be the object of a right conferred by law, nor was there any particular class of persons who could enjoy such a right. Under s. 55 dissent itself arose out of a state of fact and not of law, that is, when "the regulations and arrangements, made by the School Commissioners for the conduct of any School, are not agreeable to any number whatever of the inhabitants professing a religious faith different from that of the majority . . .".

The right to dissent conferred by the legislature was necessary because it corresponded to a real need of part of the population. The legislature, obviously aware that common schools might be managed and administered by the members of a religious majority — even though religious faith was not a criterion for eligibility — (because of the

écoles dissidentes en zones rurales s'inscrivent dans cette catégorie. [. . .] Sans doute, est-il vrai, comme l'ont dit les tribunaux canadiens que, dans la plupart des districts scolaires en zone rurale, la majorité des propriétaires fonciers sont catholiques romains et, par conséquent, que les écoles communes dans ces districts (autres que les écoles dissidentes) sont en fait contrôlées par les membres de cette religion; mais, s'il en est ainsi, le résultat découle des circonstances dans lesquelles se trouvent les districts scolaires visés, et il ne s'agit pas d'un droit ou d'un privilège conféré par «la loi» à une classe de personnes. [Je souligne.]

Le Conseil privé reprenait en cela la position qu'il avait adoptée en 1874 dans l'affaire *Maher c. Town of Portland* (publiée dans *Wheeler's Confederation Law of Canada* (1896), à la p. 338) visant les écoles communes au Nouveau-Brunswick. La faculté que possédait une majorité d'électeurs par l'exercice de son droit de vote d'élire des commissaires partageant une même croyance et d'instaurer, par leur entremise, une éducation confessionnelle dans une école, n'imprimait pas à l'école un statut légal de confessionnalité et ne donnait donc pas lieu à un droit à l'école confessionnelle. La confessionnalité des écoles communes, même si elle était courante dans les faits, comme je l'ai déjà dit, demeurait accidentelle, assujettie à la volonté des commissaires et aux aléas d'élections où le droit de vote et l'éligibilité n'étaient fonction d'aucun critère religieux. Dans ce régime, il n'existait pas d'école confessionnelle susceptible d'être l'objet d'un droit conféré par la loi ni de classe particulière de personnes pouvant en jouir. La dissidence elle-même s'exerçait à l'endroit d'un état de fait et non d'un état de droit selon l'art. 55, soit quand «les règlements et arrangements des commissaires d'école pour la régie d'une école, ne conviennent pas à un nombre quelconque d'habitants professant une croyance religieuse différente de celle de la majorité. . .»

Le droit à la dissidence accordé par le législateur était nécessaire parce qu'il correspondait à un besoin réel d'une certaine partie de la population. Certainement conscient que les écoles communes pourraient être gérées et administrées par des membres d'une majorité religieuse—bien que la croyance religieuse n'entre pas en ligne de compte

system for electing commissioners, it was statistically more likely that they would belong to the religious majority of the municipality) and that accordingly the children of the religious minority might not be given instruction in their faith in the school system managed by the majority, provided a mechanism by which they could opt out of it. This explains the right to dissent contained in the *1861 Act*. It is hardly necessary to point out that this is a right, an option, offered to the minority and not an obligation. The children of the minority could continue to attend the majority's schools. As Carignan says ("La place faite à la religion dans les écoles publiques par la loi scolaire de 1841" (1982-1983), 17 *R.J.T.* 9, at p. 45), speaking of s. XI of the *Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province*, S. Prov. C. 1841, 4-5 Vict., c. 18, which in his view is reproduced in s. 55 of the *1861 Act*:

[TRANSLATION] School dissent is an exceptional provision in the sense that, far from being applicable everywhere and in all circumstances, it is a remedy for extraordinary circumstances. Section XI does not create a denominational system, nor does it create a network of dissentient schools. It simply opens the door a little way to denominational schooling within a system which in principle is intended to establish common schools. [Emphasis added.]

For the municipalities of Québec and Montréal, on the other hand, the *1861 Act* clearly created two school networks, one under the control of Roman Catholic commissioners and the other under that of Protestant commissioners. The source of the special legislative provisions for the two cities is the 1841 education Act. This Act governed the system of education for United Canada, that is Upper and Lower Canada, and when it speaks of "Cities and Towns corporate" this in 1841 referred to Toronto, Montréal and Québec. It is clear that the legislature took care to make exceptional provision for the cities because of their special demographic, cultural and social character. In 1843 Upper Canada opted out of the school legislation which did not suit its needs and obtained its own legislation on the matter (*An Act for the establishment and maintenance*

pour l'éligibilité—(à cause du système d'élection des commissaires, il y avait statistiquement plus de chance que ceux-ci fassent partie de la majorité religieuse de la municipalité) et que, par conséquent, les enfants de la minorité religieuse pourraient ne pas être instruits dans leur foi dans le cadre scolaire géré par la majorité, le législateur a prévu un mécanisme qui leur permettrait de s'en échapper. C'est cela le droit à la dissidence, contenu dans la *Loi de 1861*. Est-il besoin de souligner que c'est un droit, une option offerte à la minorité, non une obligation? Les enfants de la minorité pouvaient continuer à fréquenter l'école de la majorité. Comme le dit Carignan («La place faite à la religion dans les écoles publiques par la loi scolaire de 1841» (1982-1983), 17 *R.J.T.* 9, à la p. 45) en parlant de l'art. XI de l'*Acte pour abroger certains Actes y mentionnés, et pourvoir plus amplement à l'établissement et au maintien des Écoles Publiques en cette Province*, S. Prov. C. 1841, 4-5 Vict., ch. 18, et pour qui l'art. 55 de la *Loi de 1861* en est la reproduction:

La dissidence scolaire est un mécanisme d'exception en ce sens que, loin d'être appelée à jouer en tout lieu et en toute circonstance, elle constitue un remède pour des circonstances hors de l'ordinaire. L'article XI, en effet, ne crée pas un système confessionnel. Il ne crée pas non plus, un réseau d'écoles dissidentes. Il se contente d'entrouvrir la porte à la confessionnalité scolaire à l'intérieur d'un système qui, en principe, vise à l'établissement d'écoles communes. [Je souligne.]

Pour les municipalités de Québec et de Montréal par contre, la *Loi de 1861* établit d'emblée deux réseaux scolaires, l'un sous le contrôle de commissaires catholiques romains, l'autre sous celui de commissaires protestants. La source des dispositions législatives particulières pour les deux villes se trouve dans la loi scolaire de 1841. Cette loi régissait le système d'éducation pour le Canada Uni, soit le Haut et le Bas-Canada et lorsqu'elle parle des «Villes et Cités Incorporées», il s'agit, en 1841, de Toronto, Montréal et Québec. Il est certain que le législateur a tenu à prévoir des dispositions exceptionnelles pour les villes en raison de leur particularisme démographique, culturel et social. En 1843, le Haut-Canada s'est soustrait de la législation scolaire qui ne lui convenait pas et s'est pourvu de sa propre loi en la matière (*Acte*

of *Common Schools in Upper Canada*, S. Prov. C. 1843, 7 Vict., c. 29). When school legislation was later adopted for Lower Canada in 1845, and in 1846, with the *Act to repeal certain Enactments therein mentioned, and to make better provision for Elementary Instruction in Lower Canada*, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., c. 27, the legislature did not do so in a way fundamentally different from the provisions of the 1841 education Act. Indeed, it can be seen that the 1846 education Act is derived directly from that of 1841. Additionally, as no significant amendment was subsequently made either, the *1861 Act* also largely resembles that of 1841. The special provisions made for Montréal and Québec, in effect at the time of the Union, are a holdover from those established for the incorporated cities in 1841.

The administration and control conferred by the *1861 Act* on the members of a particular denomination gave a denominational character, Catholic or Protestant, to the school systems in these two municipalities *de jure*. This was the conclusion of the Privy Council in *Hirsch, supra*, at pp. 211-12:

Then, were the common schools in the cities of Montreal and Quebec denominational schools in which any class of persons had by law a right or privilege at the Union? In their Lordships' opinion they were.

It is also important to consider the provisions of the *1861 Act* on financing. This was to come from three sources: government grants, taxes and school fees.

The government grants were distributed by the Superintendent of Education as specified in s. 24(1):

24. It shall be the duty of the Superintendent of Education —

1. To receive from the Receiver General all sums of money appropriated for Common School purposes, and to distribute the same among the School Commissioners and Trustees of the respective Municipalities, according

pour l'établissement et soutien des Écoles Communes dans le Haut-Canada, S. Prov. C. 1843, 7 Vict., ch. 29). Lorsqu'on légifère ensuite pour le Bas-Canada en matière scolaire, en 1845 puis en 1846, avec l'Acte pour abroger certaines dispositions y mentionnées, et pour pourvoir d'une manière plus efficace à l'Instruction Élémentaire dans le Bas-Canada, S. Prov. C. 1846, 9 Vict., ch. 27, on ne le fait pas de façon fondamentalement différente de ce que prévoyait la loi scolaire de 1841. L'on peut constater en effet que la loi scolaire de 1846 est directement issue de celle de 1841. De plus, comme aucune modification majeure n'est intervenue non plus par la suite, la *Loi de 1861* ressemble également de façon importante à celle de 1841. Les dispositions spéciales prévues pour Montréal et Québec, en vigueur au moment de l'Union, sont un reliquat de celles mises en place pour les villes incorporées en 1841.

L'administration et le contrôle attribués par la *Loi de 1861* aux membres d'une confession particulière donnent, *de jure*, un caractère confessionnel, catholique ou protestant, aux systèmes scolaires de ces deux municipalités. Telle a été la conclusion du Conseil privé dans *Hirsch*, précité, aux pp. 211 et 212:

[TRADUCTION] Alors, les écoles communes dans les villes de Montréal et de Québec étaient-elles des écoles confessionnelles à l'égard desquelles la loi avait conféré à une classe de personnes un droit ou un privilège lors de l'Union? À notre avis c'était le cas.

Il est également important d'examiner ce que la *Loi de 1861* prévoit en matière de financement. Celui-ci provenait de trois sources: les subventions gouvernementales, les taxes et les frais de scolarité.

Les subventions gouvernementales étaient réparties par le surintendant de l'éducation comme le prescrit le par. 1 de l'art. 24:

24. Il sera du devoir du surintendant de l'éducation:

1. De recevoir du receveur-général toutes sommes d'argent affectées aux fins des écoles, et d'en faire la distribution entre les commissaires d'école et les syndicats des diverses municipalités d'après les dispositions de la

to law, and in proportion to the population of the same, as ascertained by the then last Census; [Emphasis added.]

Section 55(2), setting out the duties of the trustees of dissentient schools, repeats the same principle:

... and they shall be entitled to receive from the Superintendent or from the School Commissioners, a sum out of the general or local School Fund, proportionate to the dissentient population they represent; [Emphasis added.]

In *Greater Hull, supra*, this Court noted the contradiction between this section and s. 57(3), "which for the same trustees and the same dissentient schools, established a proportionality on the basis not of population but of the number of children attending the schools" (p. 588). As the 1861 Act is a revised statute, priority ought to be given to the most recent enactment, namely s. 57(3), which is taken from the 1849 Act (*Act to amend the School Law of Lower-Canada*, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., c. 50) whereas s. 55(2) is taken from the 1846 education Act. It must therefore be concluded that in 1861 the dissentient schools received a share of public money proportional to the number of students attending the dissentient schools as compared with those attending the common school.

As for school taxes, under s. 58 the trustees of dissentient schools could only impose property taxes on and collect them from dissentients. All other taxpayers, whatever their religion, came under the majority school board. Under s. 73 of the 1861 Act, the amount of taxation authorized is "a sum equal to that allowed out of the Common School Fund (for such Municipality)". Section 74 further provided that commissioners and trustees could cause to be levied such additional sum beyond that provided for in s. 73 as they thought it necessary to raise for the support of the schools under their control.

Under s. 131, commissioners in the two major cities could not collect any school rates. The municipal corporations took an amount from their

loi et proportionnellement au chiffre de leur population, telle que constatée par le dernier recensement pour le temps; [Je souligne.]

Le paragraphe 55(2), énumérant les devoirs des syndics des écoles dissidentes, répète le même principe:

... et ils auront droit de recevoir du surintendant ou des commissaires d'école leur part du fonds général ou local des écoles, en proportion du chiffre de la population dissidente qu'ils représentent; [Je souligne.]

Cette Cour, dans *Greater Hull*, précité, pointe la contradiction entre cet article et le par. 3 de l'art. 57 «qui, pour les mêmes syndics et les mêmes écoles dissidentes, établissait la proportionnalité sur la base non pas de la population mais sur la base du nombre d'enfants fréquentant les écoles» (p. 588). La *Loi de 1861* étant une loi refondue, il convient d'accorder préséance à l'article le plus récent, soit l'art. 57, par. 3, qui provient de la loi de 1849 (*Acte pour amender la loi des écoles du Bas-Canada*, S. Prov. C. 1849, 12 Vict., ch. 50) alors que l'art. 55, par. 2, est issu de la loi scolaire de 1846. Par conséquent, il faut considérer qu'en 1861, les écoles dissidentes recevaient une part du fonds public proportionnelle au nombre d'élèves fréquentant l'école dissidente par rapport à celui des élèves fréquentant l'école commune.

En ce qui concerne les taxes scolaires, les syndics des écoles dissidentes ne peuvent imposer la taxe foncière et la percevoir que des dissidents, selon l'art. 58. Tous les autres contribuables, quelle que soit leur religion, relèvent de la commission scolaire de la majorité. Le montant de taxation autorisé est égal à la somme «allouée à telle municipalité sur le fonds commun des écoles», selon l'art. 73 de la *Loi de 1861*. En outre, l'art. 74 prévoyait que commissaires et syndics pouvaient faire prélever toute somme additionnelle en sus de ce qui était prévu à l'art. 73, dans la mesure où ils le croyaient nécessaire pour le soutien des écoles sous leur contrôle.

Dans les deux grandes villes, en vertu de l'art. 131, les commissaires ne pouvaient prélever aucune taxe scolaire. Les corporations municipales

revenue and paid it to the boards of school commissioners, in proportion "to the population of the religious persuasion represented by such Boards respectively". Garant, Gosselin and Tremblay ("Les soubresauts de la réforme scolaire: la constitutionnalité de la Loi 3" (1985), 16 *R.D.U.S.* 205), are of the view, at p. 228, that

[TRANSLATION] [i]t is thus a serious legal and historical error to ascribe any taxing power to the school corporation of Montréal and Québec before 1867. There was no "school rate" in those territories, only a municipal rate for school purposes part of which was implicitly compulsory, another part implicitly at the discretion of the municipal authorities and a third part expressly at their discretion.

The school fees, or monthly stipend, present no great problem. Ordinarily they were paid by each student to the commissioners or trustees, depending on the school attended.

(b) *Content of Constitutional Guarantee*

Section 93 of the Constitution crystallizes the rights and privileges pertaining to denominational schools under the law in effect at the time of Confederation: it is in a sense a snapshot of the legislative situation in 1867. The picture it provides indicates that in the rural areas of Quebec religious minorities alone were entitled to denominational schools, by means of dissenting rights, and that in the two major cities, Catholics and Protestants were also entitled to denominational schools, regardless of their relative numbers. In the "rural" areas, the religious majority was not entitled to any constitutional protection. The framers of the Constitution preserved the characteristics which the schools had in 1867 by providing protection based on the legal status of the institutions.

Such a disparity in constitutional protection, whether within the same province or from sea to sea, would be ridiculous and even unacceptable if it applied to fundamental rights, but as Beetz J. said in *G.M.P.S.B.*, *supra*, at p. 401:

prenaient une somme à même leurs revenus et la versaient aux bureaux des commissions scolaires, proportionnellement «au chiffre de la population de la croyance religieuse représentée par les dits bureaux respectivement». Messieurs Garant, Gosselin et Tremblay («Les soubresauts de la réforme scolaire: la constitutionnalité de la Loi 3» (1985), 16 *R.D.U.S.* 205) estiment, à la p. 228, que

[c]'est donc une erreur juridique et historique grave d'attribuer avant 1867 un quelconque pouvoir fiscal aux corporations scolaires de Montréal et de Québec. Il n'y avait pas de «taxe scolaire» dans ces territoires mais uniquement une taxe municipale pour fins scolaires dont une partie était implicitement obligatoire; une autre partie était implicitement à la discrétion des autorités municipales; et une troisième partie restait expressément à la discrétion des autorités municipales.

Les frais de scolarité, ou rétribution mensuelle, ne posent pas grand problème. Normalement, ils sont dûs par chaque écolier aux commissaires ou aux syndics, selon l'école qu'il fréquente.

b) *Le contenu de la garantie constitutionnelle*

L'article 93 de la Constitution cristallise les droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles selon la loi en vigueur à la date de la Confédération; il prend en quelque sorte un cliché instantané de la situation législative en 1867. Ce cliché nous montre que dans les zones rurales du Québec, les minorités religieuses ont seules droit à des écoles confessionnelles, ceci par le biais de la dissidence et que dans les deux grandes cités, catholiques et protestants ont également droit à des écoles confessionnelles, indépendamment de leur nombre les uns par rapport aux autres. Dans les zones «rurales», la majorité religieuse n'a droit à aucune protection constitutionnelle. Le Constituant s'attache aux caractéristiques que les écoles présentent en 1867 en accordant sa protection en fonction du statut légal des institutions.

Une telle disparité dans la protection constitutionnelle, que ce soit au sein d'une même province ou d'un océan à l'autre, serait absurde et même inacceptable si elle portait sur des droits fondamentaux mais, comme l'a dit le juge Beetz dans *Régime pédagogique*, précité, à la p. 401:

While it may be rooted in notions of tolerance and diversity, the exception in s. 93 is not a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience.

As the rights and privileges protected by s. 93(1) of the Constitution are those with respect "to Denominational Schools", it is helpful in determining the scope of the constitutional protection to try to distinguish the content of denominational status beyond the definition of the denominational school itself.

This Court has already had occasion to deal with the concept of denominational status, in particular in *G.M.P.S.B.* At pages 410-11 Beetz J. cites with approval Chevette, Marx and Tremblay (*Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal* (1972)), who note at p. 22 that:

[TRANSLATION] . . . the spirit of s. 93 seeks to guarantee the denominational status of education as that status existed in 1867, that is, in relation to education provided in dissentient schools in the province and in the schools of Montréal and Québec. In this regard, the ultimate aim of the section is a religious one, and that aim was undoubtedly given constitutional form. The question remains whether only that aim was so treated, or whether certain concrete means of achieving it were as well, namely a number of powers and administrative devices to ensure that the denominational status of education would be respected and maintained in practice. There is also no doubt of the answer to this question: constitutional form was also given to a number of means of achieving the result, and the wording of s. 93 itself seems clear in this regard, since it speaks of any "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" rather than referring merely to "denominational schools". [Emphasis added.]

It is hard to see how denominational status could exist "in a vacuum", to use the language of Chouinard J. in *Greater Hull*, *supra*, at p. 584. Denominational status includes the accessories, the means whereby it can be exercised.

Chevette, Marx and Tremblay go on to state, at p. 22:

Quoiqu'elle puisse avoir des racines dans les notions de tolérance et de diversité, l'exception énoncée à l'art. 93 ne constitue pas une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience.

Comme les droits et privilèges protégés par le par. 93(1) de la Constitution sont ceux relatifs «aux écoles confessionnelles», il est utile pour déterminer l'étendue de la protection constitutionnelle d'essayer de distinguer le contenu de la confessionnalité au-delà de la définition de l'école confessionnelle elle-même.

Cette Cour a déjà eu à cerner le concept de confessionnalité, notamment dans *Régime pédagogique*. Aux pages 410 et 411, le juge Beetz y cite, en les approuvant, Chevette, Marx et Tremblay (*Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal* (1972)), qui, à la p. 22, constate que:

. . . dans son esprit l'article 93 vise à garantir la confessionnalité de l'enseignement telle que cette confessionnalité se présentait en 1867, c'est-à-dire au niveau de l'enseignement dispensé dans les écoles dissidentes de la province et dans les écoles de Montréal et de Québec. À ce titre l'objectif final de cet article est de nature religieuse et il ne fait pas de doute que cet objectif ait été constitutionnalisé. Reste la question de savoir si c'est cet objectif final seul qui l'a été, ou si ne l'ont pas été aussi certains moyens concrets d'y parvenir, c'est-à-dire un certain nombre de pouvoirs et de structures administratives assurant que la confessionnalité de l'enseignement serait en pratique respectée et maintenue. La réponse à cette question ne fait pas de doute non plus: on a aussi constitutionnalisé un certain nombre de moyens d'y parvenir et le texte même de l'article 93 semble clair à ce sujet puisqu'il parle de «droit ou privilège . . . relativement aux écoles confessionnelles» au lieu de parler plus simplement «d'écoles confessionnelles». [Je souligne.]

Il serait en effet difficile d'admettre que la confessionnalité existe «dans un vacuum», pour reprendre les termes du juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, à la p. 584. Font partie de la confessionnalité les accessoires, les moyens permettant son exercice.

Chevette, Marx et Tremblay ajoutent à la p. 22:

[TRANSLATION] It should be noted that in themselves, and viewed in isolation, these means are not necessarily religious in nature, for they may include financial powers, the power to hire teachers and so on; however, such means should still be related to the denominational status of education and connected directly with maintaining it. [Emphasis added.]

It is on this basis that in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62, the Privy Council excluded language from the constitutional protections provided by s. 93.

Beetz J. was of the view that "... constitutional protection 'with respect to Denominational Schools' has both denominational and non-denominational components" (*G.M.P.S.B.*, *supra*, at p. 411). Of course, in cases where the application of s. 93(1) is at issue, the whole problem is to determine which components should be protected.

The question arose in *G.M.P.S.B.* It was also at issue in *Greater Hull*, where this Court concluded that the right conferred on commissioners and trustees to receive grants on a proportional basis and the right to levy taxes within the boundaries of their respective municipalities are rights with respect to denominational schools, and so protected by s. 93(1) of the Constitution.

In this reference, LeBel J.A. considered several judgments on school legislation, from *Hirsch* to *G.M.P.S.B.*, including *Greater Hull* and the *Ontario Separate Schools Reference*. He came to the following conclusion (at p. 2538):

[TRANSLATION] None of the cases considered above has ever recognized that the legal framework, still less the legal methods for promoting the exercise of the right to dissent, were protected and immutable.

What s. 93 of the Constitution guarantees "rural" inhabitants of Quebec is the right to dissent itself, not the form of the institutions which have made it possible to exercise that right since 1867. This means, for example, that while the right of dissent obviously includes the means and frame-

Remarquons qu'en eux-mêmes et considérés isolément ces moyens n'ont pas nécessairement une nature religieuse, car il pourra éventuellement s'agir de pouvoirs financiers, du pouvoir d'engager des maîtres, etc. Mais il demeure que ces moyens doivent être relatifs à la confessionnalité de l'enseignement et reliés directement au maintien de celle-ci. [Je souligne.]

C'est sur ce fondement que le Conseil privé, dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62, a exclu la langue des protections constitutionnelles accordées par l'art. 93.

Le juge Beetz estime que «... la protection constitutionnelle «relativement aux écoles confessionnelles» comporte aussi bien des éléments confessionnels que des éléments non confessionnels» (*Régime pédagogique*, précité, à la p. 411). Bien sûr, dans des affaires où intervient l'application du par. 93(1), toute la difficulté réside dans la détermination des éléments qui doivent être protégés.

La question se posait dans *Régime pédagogique*. Elle se posait également dans *Greater Hull* où cette Cour a conclu que le droit conféré aux commissaires et aux syndics de recevoir des subventions sur une base proportionnelle et le droit de prélever des taxes dans les limites de leurs municipalités respectives sont des droits relatifs aux écoles confessionnelles, donc protégés par le par. 93(1) de la Constitution.

Le juge LeBel, dans ce renvoi, s'est penché sur plusieurs arrêts en matière de législation scolaire, de *Hirsch* à *Régime pédagogique*, en passant notamment par *Greater Hull* et le *Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario*. Il en vient à la conclusion suivante, à la p. 2538:

Aucun des arrêts étudiés précédemment n'a jamais reconnu que la structure juridique, et encore moins les méthodes juridiques pour favoriser l'exercice du droit à la dissidence, étaient protégées et immuables.

Ce que l'art. 93 de la Constitution garantit aux habitants «ruraux» du Québec, c'est le droit à la dissidence lui-même, non la forme des structures qui ont permis de l'exercer depuis 1867. Cela signifie, par exemple, que si le droit de dissidence comprend évidemment les moyens et le cadre dans

work in which it is exercised, the latter are not in themselves constitutionally guaranteed. The framers of the Constitution were wise enough not to determine finally the form of institutions, as it is those very institutions which must be capable of change in order to adapt to the varying social and economic conditions of society. Moreover, as we shall see, the institutions have been altered by the legislature many times since 1867. To give only one example which dates from some twenty years ago, I refer to the *Act respecting the regrouping and management of school boards*, S.Q. 1971, c. 67, which deprived the right of dissent of practical effect since each denomination, Catholic and Protestant, had a system organized on a denominational basis. However, in agreeing to merge their schools the dissentients to some extent abandoned their dissent but not their right or the option to exercise it. As LeBel J.A. pointed out, [TRANSLATION] “post-Confederation legislation cannot limit or restrict constitutional rights. These continue to exist even if it has not been possible to exercise them effectively” (p. 2537).

It must be borne in mind that the rights and privileges guaranteed by s. 93 of the Constitution are not in any way patrimonial rights. This follows from the very wording of the section and the terms and conditions of the *1861 Act*. The latter confers a right of ownership of real and personal property used for the education of children on corporations of commissioners or trustees, artificial persons, and not on classes of persons covered by s. 93, even though the former acquire the property out of taxes paid by individuals who make up the latter and use it for their benefit. As the provisions state:

54. . . . And all Lands, School Houses or other property, real or personal, belonging to Common Schools, in any part of Lower Canada, under any law or by any title whatsoever, are vested in the Corporation of the School Commissioners respectively, of the Municipality in which such property is situate.

64. It shall be the duty of the School Commissioners or Trustees in each Municipality:

lequel l'exercer, ceux-ci, en eux-mêmes, ne représentent pas des modalités constitutionnellement garanties. Le Constituant a été assez sage pour ne pas figer les structures car celles-ci doivent justement pouvoir être modifiées pour s'adapter aux conditions sociales et économiques variables de la société. D'ailleurs, depuis 1867, les structures ont été modifiées à plusieurs reprises par le législateur, comme nous le verrons. Pour n'en donner qu'un exemple qui date d'une vingtaine d'années, je citerai la *Loi concernant le regroupement et la gestion des commissions scolaires*, L.Q. 1971, ch. 67, qui avait rendu la dissidence sans utilité pratique puisque chaque confession, catholique et protestante, bénéficiait d'un réseau structuré sur une base confessionnelle. Toutefois, en acceptant de fusionner leurs écoles, les dissidents abandonnaient en quelque sorte leur dissidence mais non leur droit ou la possibilité de l'exercer. Ainsi que le fait remarquer le juge LeBel, «[l]a législation postconfédérative ne peut limiter ou restreindre les droits constitutionnels. Ceux-ci subsistent, même s'ils n'ont pu être exercés effectivement» (p. 2537).

Il faut souligner que les droits et privilèges garantis par l'art. 93 de la Constitution ne sont en aucune façon des droits patrimoniaux. Cela découle du texte même de l'article et des modalités prévues par la *Loi de 1861*. Cette dernière, en effet, attribue un droit de propriété sur les biens meubles et immeubles utilisés pour l'éducation des enfants aux corporations de commissaires ou de syndics, personnes morales, et non aux classes de personnes visées par l'art. 93, même si les premières acquièrent les biens grâce aux taxes payées par les individus qui constituent les secondes et les utilisent pour leur bénéfice. Ainsi l'énoncent les dispositions suivantes:

54. . . . et tous terrains, maisons d'école, ou autres biens-meubles ou immeubles appartenant aux écoles communes, dans aucune partie du Bas-Canada, en vertu de quelque loi ou de quelque titre que ce soit, sont dévolus par les présentes à la corporation des commissaires d'école respectivement de la municipalité dans laquelle tels biens sont situés.

64. Il sera du devoir des commissaires ou syndics d'école dans chaque municipalité:

1. To take possession of lands and School Houses acquired, given to, or erected by the School Trustees or Commissioners

2. To acquire and hold for the Corporation, by any title whatsoever, all real or personal property, moneys or income for the purposes of Education

The class of persons mentioned in s. 93 of the Constitution does not have any patrimony as such. The right it has is that of indicating its disagreement with the religious majority with the accessories attached to that right, namely the means necessary to enjoy it.

As I have indicated, particular institutions are not the subject of that right. Where institutions are altered, it is quite natural for the property of the abolished or transformed boards to be passed on to others. The Quebec legislature is contemplating the redistribution of the patrimony of the existing school boards for Protestants and Catholics amongst the linguistic boards. There is no objection to this in principle, provided the new institutions and their establishment maintain, as we shall see, the rights to dissent or to denominational schools, as the case may be, and their accessories, and provide for fully equal enjoyment of them.

With all due respect, I cannot concur in the reasoning of Brossard J. in *Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec, supra*, to the extent that he suggests that, by transferring the property of the old dissentient school boards, which in 1971 and 1972 became school boards for Catholics and school boards for Protestants, to the new linguistic boards, *Bill 3* deprives the class of persons contemplated by s. 93 of the Constitution of the patrimony amassed by them and deprives them of vested rights. In my opinion, this reasoning is based on a misunderstanding of the subject of the right and indicates confusion as to the holders of the right of ownership over the property. Further, while one may well admit that the property belongs to the taxpayers, as a result of the 1971-1972 reform the dissentients have joined the majority (by their own

1. De prendre possession de tous terrains et maisons d'école acquis, donnés, ou bâtis par les syndics ou commissaires d'école

2. D'acquérir et posséder pour la corporation à quelque titre que ce soit, tous biens-meubles ou immeubles, argent ou rentes pour fins d'éducation

La classe de personnes dont il est question à l'art. 93 de la Constitution ne possède pas en tant que telle de patrimoine. Le droit qu'elle possède est celui de déclarer son désaccord avec la majorité religieuse avec les accessoires attachés à ce droit, c'est-à-dire les moyens nécessaires pour pouvoir en jouir.

Ce droit, comme je l'ai indiqué, n'a pas pour objet des structures particulières. En cas de modification de structures, il est tout à fait normal que le patrimoine des commissions abolies ou transformées soit réattribué à d'autres. Le législateur québécois envisage que le patrimoine des commissions scolaires actuelles pour protestants et pour catholiques sera réparti entre les commissions linguistiques. Ce principe est tout à fait admissible, à condition que les nouvelles structures et leur mise en place maintiennent, comme nous le verrons, les droits à la dissidence ou à des écoles confessionnelles, selon le cas, ainsi que leurs accessoires, et pourvoient à leur jouissance en pleine égalité.

En toute déférence, je ne saurais adhérer au raisonnement du juge Brossard dans *Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, précité, en autant qu'il laisse entendre que la *Loi 3*, en transmettant des biens des anciennes commissions scolaires dissidentes, devenues en 1971 et 1972 commissions scolaires pour catholiques et commissions scolaires pour protestants, aux nouvelles commissions linguistiques, prive la classe de personnes visée par l'art. 93 de la Constitution du patrimoine amassé par elles et les dépouille de droits acquis. Il y a, dans un tel raisonnement, à mon avis, méprise sur le sujet de droit et confusion quant aux détenteurs du droit de propriété des biens. En outre, quand bien même l'on pourrait admettre que les biens appartiennent aux payeurs de taxes, à la suite de la réforme de 1971-1972, les dissidents ont rejoint

agreement). Then, as Garant, Gosselin and Tremblay, *supra*, point out at p. 241:

[TRANSLATION] . . . the question that arises is how the rights resulting from dissent can be maintained and become "vested rights" when the "class of persons" which can claim them is no longer identifiable because it has in a sense decided to lay aside its right to dissent, which entails an interruption in the effective and continuous exercise necessary for the establishment of a vested right.

The concept of vested rights rests on the notion of effective exercise of the rights, failing which they disappear through abandonment or non-user.

(2) The 1863 Upper Canada Education Act

The constitutional guarantee conferred by s. 93 includes also rights granted under the legislation of Upper Canada.

In Ontario the school system was basically neutral. As LeBel J.A. points out, [TRANSLATION] "[t]he possibility of dissent was only gradually established with the influx of Irish or French-speaking Catholics" (p. 2519). The *Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("*Scott Act*"), in effect in 1867, gave Roman Catholics the right to an independent administration. Educational institutions for Roman Catholics cannot be described as dissentient schools, since in order to establish a school of their denomination they did not need to be in the minority or in disagreement with the regulations of the other educational system. Under s. 2, it was sufficient that there be at least five Catholics wishing to create their own school.

For Professor Carignan (*Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario, supra*), the *Scott Act* is [TRANSLATION] "a political compromise between supporters and opponents of denominational schooling". I agree with him that it sought [TRANSLATION] "to give Roman Catholic schools treat-

(en acceptant de le faire) les majoritaires. Alors, comme le font remarquer Garant, Gosselin et Tremblay, *loc. cit.*, à la p. 241:

. . . la question qui se pose est de savoir comment les droits résultant de la dissidence peuvent être maintenus et devenir des «droits acquis» alors que la «classe de personnes» qui peut les revendiquer n'est plus identifiable parce qu'elle a décidé en quelque sorte de mettre en veilleuse son droit à la dissidence, ce qui implique une discontinuité dans l'exercice effectif et continu nécessaire à l'établissement d'un droit acquis.

Or, la notion de droits acquis implique l'idée d'un exercice effectif des droits et par conséquent, ils disparaissent par abandon ou cessation d'usage.

(2) La loi scolaire du Haut-Canada de 1863

La garantie constitutionnelle conférée par l'art. 93 porte également sur les droits accordés en vertu de la législation du Haut-Canada.

En Ontario, le système scolaire était fondamentalement neutre. Comme le fait remarquer le juge LeBel, «[l]a possibilité d'une dissidence ne s'était établie que graduellement, avec l'afflux d'Irlandais ou de francophones catholiques» (p. 2519). L'*Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 («*Loi Scott*»), en vigueur en 1867, instaure pour les catholiques romains le droit à l'administration autonome. On ne peut désigner les établissements scolaires des catholiques romains comme des écoles dissidentes puisque pour établir une école de leur confession, ils n'ont pas besoin d'être minoritaires ni en désaccord avec les règlements de l'autre réseau scolaire. Il leur suffit, en vertu de l'art. 2, d'être au moins cinq catholiques désireux de créer leur propre école.

Pour le professeur Carignan (*Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario, op. cit.*), la *Loi Scott* constitue «un compromis politique entre partisans et adversaires de la confessionnalité scolaire». Je conviens avec lui qu'elle visait «à accorder aux écoles catholiques romaines un traitement ana-

ment similar to that enjoyed by dissentient schools in Lower Canada" (p. 117).

B. Principal Legislative Changes from 1867 to the Present Day

As Professor Pépin notes ("L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec" (1988), 48 *R. du B.* 427, at p. 431):

[TRANSLATION] In short, the Fathers of Confederation (or the framers of the Constitution) have as it were said to us, if you want to know what the guaranteed rights are, look at the legislation in effect in the provinces before the 1867 Union. It does not matter whether this legislation has since been amended or repealed. Post-1867 legislation does not create guaranteed rights and usage, tolerance, *de facto* situations, social context, natural law, tradition and so on are also irrelevant.

However, it is worth looking briefly at some post-Confederation legislation and describing how educational legislation has developed to the present time in order to gain a better perspective on current educational institutions in light of the constitutional guarantees of s. 93.

For about a hundred years there were no major or significant changes in educational legislation in Quebec. The change in direction of the educational system began around 1960. As Professor Garant notes at pp. 24-25 of *Droit et législation scolaires* (1971):

[TRANSLATION] ... the cornerstone, the real inspiration, for the 1964 reform was the report of the Royal Commission on Education established in 1961. That Commission worked on analysing our educational system and finding what reforms were needed. In five years, it developed a new concept of education and a new school system in Quebec. Its first volume on "the upper levels of the school system" was almost the sole source of the celebrated 1964 legislation known as Bill 60.

Bill 60 contained two governing statutes: the *Education Department Act*, R.S.Q. 1964, c. 233, and the *Superior Council of Education Act*, R.S.Q. 1964, c. 234.

logue à celui dont jouissaient les écoles dissidentes du Bas-Canada» (p. 117).

B. Les principales modifications législatives de 1867 à aujourd'hui

Ainsi que le souligne le professeur Pépin («L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec» (1988), 48 *R. du B.* 427, à la p. 431):

En somme, nous disent en quelque sorte les Pères de la Confédération (ou «le Constituant»), si vous voulez savoir quels sont les droits garantis, prenez connaissance dans cette perspective de la législation en vigueur dans les provinces, avant l'Union de 1867. Peu importe que cette législation ait été depuis modifiée ou abrogée. Un texte législatif postérieur à 1867 n'est pas créateur de droits garantis et sont également non pertinents les usages, les tolérances, les situations de fait, le contexte social, le droit naturel, la tradition, etc.

Il est cependant utile de s'arrêter brièvement à quelques textes législatifs postconfédératifs pour décrire l'évolution de la législation scolaire jusqu'à nos jours, en vue de situer éventuellement les institutions scolaires actuelles en regard des garanties constitutionnelles de l'art. 93.

Pendant environ une centaine d'années, il n'y eut pas de modifications majeures, significatives dans le domaine de la législation scolaire au Québec. C'est aux alentours de 1960 que s'amorça le changement d'orientation du système scolaire. Comme le signale le professeur Garant aux pp. 24 et 25 de *Droit et législation scolaires* (1971):

... ce qui fut la clef de voûte, le véritable inspirateur de la réforme de 1964, fut le rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement, formée en 1961. Cette commission travailla à analyser notre système scolaire et à rechercher les réformes qui s'imposaient. En cinq ans, elle élaborait une nouvelle conception de l'éducation et un nouveau système scolaire au Québec. Son premier tome sur «les structures supérieures du système scolaire» fut la source presque unique des célèbres lois de 1964, qui portaient le nom de «bill 60».

Le Bill 60 contient deux lois cadres: la *Loi du ministère de l'Éducation*, S.R.Q. 1964, ch. 233, et la *Loi du Conseil supérieur de l'éducation*, S.R.Q. 1964, ch. 234.

The purpose of the *Education Department Act* was to merge the Youth Department and the Education Department to form the Education Department. The body created by the *Superior Council of Education Act* was to collaborate with the Minister of Education and be responsible for developing education policy. Section 15 of the *Superior Council of Education Act* creates two committees, one Catholic and the other Protestant, which under s. 22 are responsible for supervising the denominational aspects of schools.

According to Professor Garant, *supra*, at p. 28:

[TRANSLATION] With the creation of the denominational committees, the legislature sought to provide effective protection for denominational status in the education system. For this reason, it gave these committees a decision-making power in strictly religious matters.

The denominational committees were not strictly speaking a new creation of the legislature. They were the heirs of the two committees in the old Department of Public Instruction (S.Q. 1869, c. 16, s. 2). However, their status and function, with which we are primarily concerned, were changed. Their regulatory authority, hitherto covering virtually everything that concerned education, was now confined to the moral and religious education of students.

To meet the needs of the people of Quebec at the end of the sixties, the public education system had to cease being exclusively denominational. The changes were not radical, however. Professor Garant, *supra*, states at p. 91:

[TRANSLATION] . . . educational institutions which come under the regional and local school corporations are not denominational so far as the content of education is concerned unless they are expressly recognized by one or other of the committees formed for this purpose. In strict law, therefore, public educational institutions or public schools are neutral, unless they are declared Catholic or Protestant and so limited to applying the regulations of these committees and the programs approved by them. On this last point, it may be noted that the committees only draw up programs of religious

La *Loi du ministère de l'Éducation* a pour objet la fusion du ministère de la Jeunesse et le département de l'Instruction publique pour former le ministère de l'Éducation. L'organisme créé par la *Loi du Conseil supérieur de l'éducation* devait collaborer avec le ministre de l'Éducation et devait être chargé de l'élaboration de la politique en matière scolaire. L'article 15 de la *Loi du Conseil supérieur de l'éducation* crée deux comités, l'un catholique, l'autre protestant qui, en vertu de l'art. 22, sont chargés de contrôler l'aspect confessionnel des écoles.

Pour le professeur Garant, *op. cit.*, à la p. 28:

Avec la création des comités confessionnels, le législateur voulait assurer la protection efficace de la confessionnalité dans le système d'éducation. Pour cette raison, il a donné à ces comités un pouvoir décisionnel dans les domaines strictement religieux.

Les comités confessionnels ne sont pas à proprement parler une création nouvelle du législateur. Ils sont les héritiers des deux comités de l'ancien Conseil de l'Instruction publique (S.Q. 1869, ch. 16, art. 2). Toutefois, leur statut et leur rôle, qui nous intéressent au premier chef, ont été modifiés. Leur pouvoir de réglementation, jusque-là étendu à pratiquement tout ce qui concernait l'enseignement, est confiné maintenant à la seule formation morale et religieuse des élèves.

Pour répondre aux besoins de la population québécoise à la fin des années 60, le système d'enseignement public se doit de ne plus être exclusivement confessionnel. Les modifications ne sont cependant pas radicales. Le professeur Garant, *op. cit.*, affirme à la p. 91:

. . . les institutions d'enseignement relevant des corporations scolaires régionales et locales ne sont pas confessionnelles quant au contenu de l'enseignement, à moins qu'elles ne soient reconnues expressément par l'un ou l'autre des comités formés à cette fin. En droit strict, les institutions d'enseignement public ou écoles publiques sont donc neutres, sauf si elles sont déclarées catholiques ou protestantes et astreintes de ce fait à appliquer les règlements de ces comités et les programmes approuvés par eux. Signalons sur ce dernier point que les comités n'élaborent que les programmes d'enseigne-

instruction; however, the law gives them a right of veto over the general programs established by the Department of Education, so that such programs will not be inconsistent with the denominational character of the institutions, recognized and protected as such by the Act and regulations.

Nonetheless, under s. 22f of the Act, neutral public institutions or schools may be required by the two denominational committees to provide religious or moral instruction, which has the effect of mitigating the absolute nature of their neutrality. [Emphasis added.]

Further, s. 203, para. 4 of the *Education Act*, R.S.Q. 1964, c. 235, speaks of "Catholic or Protestant public schools". Does this mean that there really were no neutral schools in Quebec in 1964? Professor Garant, *supra*, explains that this wording is in fact an error, corrected by the *Act to promote the French language in Québec*, S.Q. 1969, c. 9, s. 2 of which speaks of "Catholic, Protestant or other public schools".

There then followed the reforms of 1971 (*Act respecting the regrouping and management of school boards*) and 1972 (*Act to promote school development on the island of Montreal*) setting up school boards for Catholics and school boards for Protestants. Despite their names, these boards and their schools were open to non-Catholics and to non-Protestants. The purpose of these statutes was, as Brossard J. said in *Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec*, *supra*, at pp. 52-53 D.L.R.:

[TRANSLATION] ... to consolidate the various existing school boards, both outside the Cities of Quebec and Montreal and on the Island of Montreal. The object was to rationalize and to extend the territories in such a way that the whole of the territory of Quebec would be served by school boards ...

One of the effects of these statutes was precisely to dissolve all existing dissentient school boards, other than the five listed in Sch. E of the impugned Act. These two statutes rationalized and completed more than one hundred years of annexations, integrations and fusions,

ment religieux; cependant, la loi leur confère un droit de veto sur les programmes généraux édictés par le ministère de l'Éducation afin que ces programmes ne soient pas incompatibles avec le caractère confessionnel des institutions reconnues et protégées comme telles par la loi et les règlements.

Les institutions ou écoles publiques neutres peuvent cependant se voir imposer par les deux Comités confessionnels, en vertu de l'article 22f de la loi, de dispenser un enseignement religieux ou moral, ce qui a pour effet de mitiger le caractère absolu de leur neutralité. [Je souligne.]

En outre, l'art. 203, par. 4 de la *Loi de l'instruction publique*, S.R.Q. 1964, ch. 235, parle d'«écoles publiques catholiques ou protestantes». Est-ce à dire qu'il n'y a pas encore réellement d'écoles neutres au Québec en 1964? Le professeur Garant, *op. cit.*, explique que cette formulation est en fait une erreur, corrigée par la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, ch. 9, dont l'art. 2 parle des «écoles publiques catholiques, protestantes ou autres».

Vinrent ensuite les réformes de 1971 (*Loi concernant le regroupement et la gestion des commissions scolaires*) et 1972 (*Loi pour favoriser le développement scolaire dans l'île de Montréal*) portant création des commissions scolaires pour catholiques et commissions scolaires pour protestants. Malgré leur nom, ces commissions et leurs écoles sont ouvertes aux non-catholiques et aux non-protestants. L'objet de ces lois était, comme le dit le juge Brossard dans *Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, précité, à la p. 884:

... de regrouper, tant à l'extérieur des villes de Québec et Montréal que sur l'île de Montréal, les différentes commissions scolaires existantes, dans un objectif de rationalisation et d'extension des territoires, de façon à ce que la totalité des territoires du Québec soit maintenant desservie par des commissions scolaires ...

Un des effets de ces lois fut précisément de faire disparaître toutes les corporations scolaires dissidentes existantes, autres que les cinq énumérées à l'annexe E de la loi en litige. Ces deux lois venaient rationaliser et compléter plus de cent ans d'annexions, d'intégrations

as a result of which all the assets and personnel of the dissentient school corporations were transferred to enlarged new school boards which were "for Catholics" and "for Protestants". [Emphasis added.]

III - Analysis

A. First Question

1. Does the *Education Act* (S.Q. 1988, c. 84), in particular ss. 111, 354, 519, 521, 522 and 527, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* by providing for the establishment of French language and English language school boards which will succeed to the rights and obligations of school boards for Catholics and Protestants?

The sections referred to in the question are as follows:

111. The Government shall, by order, divide the territory of Québec into two groups of territories: one of territories for French language school boards and the other, of territories for English language school boards. The territory of the Cree School Board, that of the Kativik School Board and that of the Commission scolaire du Littoral established by chapter 125 of the statutes of Québec, 1966-67, are excluded from such division, however.

A school board shall be established in each territory.

The order shall determine the name of the school board.

The order shall be published in the *Gazette officielle du Québec* between 1 January and 1 March and comes into force on the date of its publication.

354. The Government may, in the order referred to in section 111, delimit territories within the territory of Québec or part thereof for French-language regional school boards or for English-language regional school boards.

A regional school board shall be established in each territory. The name of the regional school board shall be determined in the order.

The French-language or English-language school boards, as the case may be, whose territories are within that of a French-language or English-language regional

et de fusions, à la suite desquelles tous les actifs des corporations scolaires dissidentes qui s'étaient constituées au cours des ans furent éventuellement transférés, de même que le personnel, dans les commissions scolaires nouvelles, agrandies et dites, depuis longtemps, «pour catholiques» et «pour protestants». [Je souligne.]

III - Analyse

A. Première question

1. La *Loi sur l'instruction publique* (L.Q. 1988, ch. 84), et plus particulièrement ses art. 111, 354, 519, 521, 522 et 527, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en prévoyant la création de commissions scolaires francophones et anglophones qui succèdent aux droits et obligations des commissions scolaires pour catholiques et pour protestants?

Les articles auxquels la question fait référence sont les suivants:

111. Le gouvernement, par décret, procède à deux découpages du territoire du Québec, l'un en territoires de commissions scolaires francophones, l'autre en territoires de commissions scolaires anglophones. Sont toutefois exclus de ce découpage le territoire de la Commission scolaire crie, celui de la Commission scolaire Kativik et celui de la Commission scolaire du Littoral instituée par le chapitre 125 des lois du Québec de 1966-1967.

Une commission scolaire est instituée sur chaque territoire.

Le décret détermine le nom de la commission scolaire.

Il est publié à la *Gazette officielle du Québec* entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} mars et entre en vigueur à la date de sa publication.

354. Le gouvernement peut, dans le décret visé à l'article 111, délimiter sur tout ou partie du territoire du Québec des territoires de commissions scolaires régionales francophones ou de commissions scolaires régionales anglophones.

Une commission scolaire régionale est instituée sur chaque territoire. Le décret détermine le nom de la commission scolaire régionale.

À la date de l'entrée en vigueur du décret, deviennent membres d'une commission scolaire régionale francophone ou anglophone, les commissions scolaires franco-

school board shall, on the date of coming into force of the order, become a member of the regional school board.

519. The provisional council, in co-operation with the other provisional councils concerned, or with the confessional school boards where such is the case, shall decide as to the allocation of the rights of ownership in the immovables of the existing school boards situated in the territory of the new school board.

Registration of the transfer of ownership of immovables shall be made in accordance with the provisions of section 121.

521. The provisional council, in co-operation with the other provisional councils concerned, or with confessional school boards, where such is the case, shall decide as to the allocation of the rights, other than the rights of ownership in immovables, and obligations of the existing school boards situated wholly or partly within the territory of the new school board.

522. The provisional council, in co-operation with the other provisional councils concerned, or with confessional school boards, where such is the case, shall establish a plan of reassignment of personnel of the existing school boards to the new school boards in accordance with the terms and conditions of transfer and reassignment that are contained in the applicable collective agreements, or, in the case of personnel who are not members of a certified association, that are provided by regulation of the Government; every plan of reassignment is subject to the approval of the Minister.

527. All existing school boards, except the confessional school boards, cease to exist on 1 July in the year following the year of publication of the order respecting territorial division.

This question goes to the fundamental purpose of *Bill 107*, namely the Quebec government's power to create linguistic school boards which shall be denominationally neutral, to define their territories and to reassign the property of the old boards to the new ones, leaving aside the terms and conditions discussed in the other questions of the reference.

The provisions under consideration concern and set up the common system, that is, they do not deal specifically with the denominational schools of Québec and Montréal or with the dissentient schools elsewhere in the province.

phones ou anglophones, selon le cas, dont le territoire est compris dans celui de la commission scolaire régionale.

519. Le conseil provisoire détermine, en collaboration avec les autres conseils provisoires intéressés et, le cas échéant, les commissions scolaires confessionnelles, la répartition des droits de propriété sur les immeubles des commissions scolaires existantes situées sur le territoire de la commission scolaire nouvelle.

L'enregistrement du transfert de propriété des immeubles se fait suivant ce qui est prévu à l'article 121.

521. Le conseil provisoire détermine, en collaboration avec les autres conseils provisoires intéressés et, le cas échéant, les commissions scolaires confessionnelles, la répartition des droits, autres que les droits de propriété sur les immeubles, et obligations des commissions scolaires existantes qui recourent en tout ou en partie le territoire de la commission scolaire nouvelle.

522. Le conseil provisoire détermine, en collaboration avec les autres conseils provisoires intéressés et, le cas échéant, les commissions scolaires confessionnelles, un plan d'intégration du personnel des commissions scolaires existantes au sein des commissions scolaires nouvelles conformément aux normes et modalités de transfert et d'intégration contenues dans les conventions collectives applicables ou, dans le cas du personnel non membre d'une association accréditée, prévues par règlement du gouvernement; tout plan de transfert et d'intégration est soumis à l'approbation du ministre.

527. Les commissions scolaires existantes, autres que les commissions scolaires confessionnelles, cessent d'exister le 1^{er} juillet de l'année qui suit celle de l'entrée en vigueur du décret de division territoriale.

Cette question porte sur l'objectif fondamental de la *Loi 107*, soit le pouvoir du gouvernement du Québec de créer des commissions scolaires linguistiques, neutres confessionnellement, d'en délimiter les territoires et de réattribuer les biens des anciennes commissions aux nouvelles, sans égard aux modalités que visent les autres questions du renvoi.

Les dispositions à examiner concernent et établissent le régime commun, c'est-à-dire qu'elles ne portent pas spécifiquement sur les écoles confessionnelles de Québec et de Montréal, ni sur les écoles dissidentes ailleurs dans la province.

The Court of Appeal unanimously answered this question in the negative. Beauregard J.A. considered that there was no objection in principle to the provincial legislature legislating in this way, as long as the right to dissent is maintained. There is nothing to prevent the provincial legislature providing that boards will be French-language and English-language, since s. 93(1) and s. 93(2) make absolutely no mention of the language used by the boards and in the schools. Beauregard J.A. was of the view that the legislature could also provide for the dissolution of the existing boards for Catholics and for Protestants. He also held that in terminating the existence of the Protestant school board and Catholic school board corporations, the legislature could make provision for distributing their property after their dissolution.

LeBel J.A. for his part concluded that [TRANSLATION] “the creation of a denominationally neutral system of school boards, organized on the basis of language, is a valid exercise of provincial powers” (p. 2540). As the dismantling of the existing system does not affect the right to dissent or the denominational rights themselves, it is not an infringement of s. 93 of the Constitution.

The Fédération des commissions scolaires du Québec submits that the provisions for succession to the rights and obligations of the school boards for Catholics and for Protestants and their abolition prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93. It recognizes that educational institutions are not protected as such, but maintains that they are protected as an expression of the implementation of the rights conferred by legislation prior to July 1, 1867. This appellant takes the view that s. 93 protects not only rights and privileges, but also their concrete expression. In the case at bar, the concrete expression of this constitutional protection is found in the current existence of school boards for Protestants and for Catholics, which enable classes of persons to obtain educational services corresponding to their beliefs.

La Cour d'appel a unanimement répondu par la négative à cette question. Le juge Beauregard a considéré qu'il n'y avait aucune objection de principe à ce que le législateur provincial légifère en ce sens, du moment que le droit à la dissidence est préservé. Rien n'empêche le législateur provincial de préciser que les commissions seront francophones et anglophones puisque les par. 93(1) et (2) ne traitent absolument pas de la langue utilisée par les commissions et dans les écoles. Le juge Beauregard estime que le législateur peut aussi prévoir la dissolution des commissions pour catholiques et pour protestants actuelles. Il décide également qu'en mettant fin à l'existence des corporations que sont les commissions scolaires pour protestants et les commissions scolaires pour catholiques, le législateur peut répartir leurs biens après leur dissolution.

Le juge LeBel, quant à lui, a conclu que «la constitution d'un réseau de commissions scolaires confessionnellement neutre, organisé sur une base linguistique, constitue un exercice valide des pouvoirs provinciaux» (p. 2540). Le démantèlement du réseau existant ne touchant pas au droit à la dissidence ou aux droits confessionnels eux-mêmes ne constitue pas une violation de l'art. 93 de la Constitution.

La Fédération des commissions scolaires du Québec soumet que les modalités de succession des droits et obligations des commissions scolaires pour catholiques et pour protestants et leur disparition constituent une atteinte préjudiciable aux droits et privilèges protégés par l'art. 93. Elle reconnaît que les structures scolaires ne sont pas en soi protégées mais prétend qu'elles le sont plutôt en tant qu'expression de la mise en œuvre des droits conférés par les lois antérieures au 1^{er} juillet 1867. Cette appelante est en effet d'avis que l'art. 93 protège non seulement des droits et privilèges mais aussi leur expression concrète. En l'espèce, l'expression concrète de cette protection constitutionnelle se retrouve dans l'existence actuelle des commissions scolaires pour protestants et pour catholiques, lesquelles permettent aux classes de personnes d'obtenir des services éducatifs correspondant à leur croyance.

The Commission scolaire Chomedey de Laval contends that the purpose of *Bill 107* is to destroy the denominational school system which has taken over a hundred years of effort and investment of time and money to establish. *Bill 107* thus prejudicially affects the right Catholics had at the time of the Union to manage and control their denominational schools.

The Montreal Catholic School Commission considers that the school boards for Catholics and for Protestants created by a post-Confederation statute are the successors of the common and dissentient school boards. As such, they cannot be abolished.

The respondent submits that there is nothing to prevent the legislature replacing common school boards with linguistic school boards. He notes that the way in which school boards are organized has changed considerably in recent years. He alleges that in transferring to new school boards property which is already being used for education and which was paid for primarily by the government, *Bill 107* creates no prejudice.

Like the Court of Appeal, I conclude that the provisions in question are constitutional. By legislating on education in this way, the Quebec government is pursuing a legitimate purpose which is in keeping with s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the measures contemplated by the legislature will occasion a fundamental upheaval in the institutions to which the province has been accustomed for over a hundred years — even though they have been altered on several occasions, as I noted, they have always focused on religion — the legislature's power to create some other kind of school system, neutral or for denominations other than Catholics and Protestants, has been recognized since the Privy Council decision in *Hirsch, supra*.

The province can go ahead with such a reorganization provided that in doing so it does not prejudicially affect the rights and guarantees set out in s. 93 of the Constitution. As I have already explained — and I shall have occasion to return to

La Commission scolaire Chomedey de Laval prétend que l'objectif de la *Loi 107* est d'anéantir le réseau scolaire confessionnel dont la mise sur pied résulte de plus de cent années d'efforts et d'investissements de temps et d'argent. La *Loi 107* affecte alors de façon préjudiciable le droit que les catholiques possédaient au moment de l'Union de diriger et contrôler leurs écoles confessionnelles.

La Commission des écoles catholiques de Montréal considère que les commissions scolaires pour catholiques et pour protestants, créées par une loi postconfédérative, sont les ayants droit des commissions scolaires communes et dissidentes. À ce titre, elles ne peuvent être abolies.

L'intimé soumet que rien n'empêche le législateur de remplacer les commissions scolaires communes par des commissions scolaires linguistiques. Il souligne que le mode d'organisation des commissions scolaires a bien changé depuis quelques années. Il allègue qu'en transférant à de nouvelles commissions scolaires des biens qui servent déjà à l'enseignement et qui furent principalement financés par l'État, la *Loi 107* ne crée pas de préjudice.

À l'instar de la Cour d'appel, je conclus à la constitutionnalité des dispositions examinées. En légiférant ainsi en matière scolaire, le gouvernement québécois poursuit un but légitime et en harmonie avec l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien que les mesures envisagées par le législateur bouleversent fondamentalement les structures auxquelles la province est habituée depuis plus de cent ans — même si elles ont été modifiées à quelques reprises, comme je l'ai signalé, elles s'articulaient toujours autour de la religion — le pouvoir du législateur de créer une autre sorte de réseau scolaire, neutre ou pour d'autres confessions que les catholiques ou les protestants, est reconnu depuis la décision du Conseil privé dans *Hirsch*, précité.

La province peut procéder à un tel remaniement à condition que ce faisant, elle n'affecte pas de façon préjudiciable les droits et garanties énoncés à l'art. 93 de la Constitution. Comme je l'ai déjà expliqué — et j'aurai l'occasion d'y revenir — cela

this later — this means chiefly that the right to dissent must be maintained outside Québec and Montréal and that in those two cities, Catholics and Protestants must continue to have access to denominational schools.

It is natural and normal for the linguistic boards to be the successors of the boards for Catholics and the boards for Protestants. Like the latter, they are boards which are not the result of the exercise of a right of dissent and are therefore not protected by s. 93.

The abolition of the existing boards is also not in itself an infringement of the rights guaranteed by the Constitution. Furthermore, if the province has the power to create linguistic school boards, it is proper that it should also have the power to determine their territories.

B. *Second Question*

2. Does the *Education Act*, in particular ss. 126 to 139 and 206, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* in its provisions:

- (a) which stipulate the manner in which the right to dissent is to be exercised and the manner in which dissentient school boards are to be established;
- (b) which give the government the power to change the legal structures of the dissentient school boards and to terminate the existence of those which do not perform any of the functions contemplated in the Act;
- (c) which restrict access to these school boards to persons who belong to the same religious denomination as that of these school boards?

The sections at issue here read as follows:

126. Any number of natural persons of full age who are resident in the territory of a school board, except the territory of a confessional school board, and who are of a religious denomination, Catholic or Protestant, different from that of the majority of persons entered on the school board's latest electoral list, may serve on the

signifie principalement que le droit à la dissidence doit être maintenu en dehors de Québec et de Montréal et que dans les deux villes, catholiques et protestants puissent continuer à avoir droit à des écoles confessionnelles.

Il est naturel et normal que les commissions linguistiques soient les successeurs des commissions pour catholiques et des commissions pour protestants. Elles sont comme elles des commissions qui ne sont pas le fruit de l'exercice d'un droit de dissidence et ne sont donc pas protégées par l'art. 93.

L'abolition des commissions existant actuellement ne constitue pas non plus en soi une violation de droits garantis par la Constitution. En outre, si la province a le pouvoir de créer des commissions scolaires linguistiques, il est juste qu'elle ait également celui d'en délimiter les territoires.

B. *Deuxième question*

2. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 126 à 139 et 206, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans ses dispositions:

- a) qui prévoient le mode d'exercice du droit à la dissidence et le mode de création des commissions scolaires dissidentes;
- b) qui accordent au gouvernement le pouvoir de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes et de mettre fin à celles qui n'exercent aucune des fonctions prévues par cette loi;
- c) qui réservent l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires?

Les articles dont il est question ici se lisent ainsi:

126. Un nombre quelconque de personnes physiques majeures résidant sur le territoire d'une commission scolaire, à l'exception de celui d'une commission scolaire confessionnelle, et qui appartiennent à une confession religieuse, catholique ou protestante, à laquelle n'appartient pas la majorité des personnes inscrites sur la dernière liste électorale de la commission scolaire peuvent signifier, par écrit, à cette dernière un avis par

school board a notice in writing informing it of their intention to establish a dissentient school board.

Before serving the notice of dissent, the persons who wish to establish a dissentient school board shall request the school board to recognize that they are of a religious minority, Catholic or Protestant.

127. Where the school board does not recognize that the persons wishing to establish a dissentient school board are of a religious minority, Catholic or Protestant, it shall without delay contact the persons entered on its list of electors to verify whether they are Catholic or Protestant or of another religious affiliation.

The list of electors is the list which was used at the last general election of commissioners, subject to applications for entry, striking off or correction. The director general shall deposit the latest list of electors at the head office of the school board and give public notice thereof. The provisions of the Act respecting school elections (1989, chapter 36) concerning the revision of the list of electors apply; for that purpose, the director general shall exercise the functions and powers of the returning officer.

In the absence of such a list, the school board shall without delay make an enumeration of its electors, within the meaning of the Act respecting school elections, so as to determine if they are Catholic or Protestant or of another religious affiliation.

Persons refusing to respond or who cannot be contacted are deemed not to belong to the religious denomination of those persons wishing to form a dissentient school board.

As soon as the results of the verification or enumeration are known, the school board shall inform the persons wishing to establish a dissentient school board of the results.

Where the school board fails to fulfil all or part of the obligations prescribed in this section, the Minister shall appoint a person to carry out the unfulfilled formalities at the expense of the school board.

128. The notice of dissent may be served when the school board has recognized that the persons wishing to establish a dissentient school board are of a religious minority, Catholic or Protestant or, as the case may be,

lequel elles lui font part de leur intention de former une commission scolaire dissidente.

Avant de signifier l'avis de dissidence, les personnes qui veulent former une commission scolaire dissidente demandent à la commission scolaire de reconnaître qu'elles appartiennent à une minorité religieuse, catholique ou protestante.

127. Lorsque la commission scolaire ne reconnaît pas que les personnes qui veulent former une commission scolaire dissidente appartiennent à une minorité religieuse, catholique ou protestante, elle doit, dans les meilleurs délais, vérifier auprès des personnes inscrites sur sa liste électorale si elles appartiennent à la confession catholique ou protestante ou à une autre confession.

La liste électorale est celle qui a été utilisée à la dernière élection générale des commissaires sous réserve des demandes en inscription, en radiation ou en correction. Le directeur général dépose la dernière liste électorale au siège social de la commission scolaire et en donne un avis public. Les dispositions de la Loi sur les élections scolaires (1989, chapitre 36) relatives à la révision de la liste électorale s'appliquent; à cette fin, le directeur général exerce les fonctions et pouvoirs du président d'élection.

En l'absence d'une telle liste, la commission scolaire procède, dans les meilleurs délais, au recensement de ses électeurs, au sens de la Loi sur les élections scolaires, en vue de déterminer s'ils appartiennent à la confession catholique ou protestante ou à une autre confession.

Les personnes qui refusent de répondre ou qui ne peuvent être rejointes sont réputées ne pas appartenir à la confession religieuse des personnes qui demandent la dissidence.

Dès que les résultats de la vérification ou du recensement sont connus, la commission scolaire en informe les personnes qui veulent former une commission scolaire dissidente.

À défaut par la commission scolaire de remplir tout ou partie des obligations prévues au présent article, le ministre nomme une personne pour accomplir, aux frais de la commission scolaire, les formalités qui n'ont pas été remplies.

128. L'avis de dissidence peut être signifié lorsque la commission scolaire a reconnu que les personnes qui veulent former une commission scolaire dissidente appartiennent à une minorité religieuse, catholique ou

when the results of the verification or of the enumeration indicate such a fact.

129. The notice of dissent shall be served, before 31 December, on the school board and on the Minister.

The dissentient school board is established on the date of service of the notice in all or part of the territory of the school board as described in the notice of dissent.

130. The notice of dissent shall include the following information:

- (1) the name of the dissentient school board;
- (2) the description of the territory of the dissentient school board;
- (3) the name of three persons who will form a provisional council;
- (4) the name of the person who will act as director general of the dissentient school board until the council of commissioners appoints a person to that office.

In addition, each person concerned shall indicate, in the notice, his name, address, age and religious denomination and affix his signature opposite such information.

131. Where a notice of dissent is served on each school board having jurisdiction over a common territory by persons who are of the same religious minority, Catholic or Protestant, the Government may, by order, establish a single dissentient school board which shall provide educational services in such territory as it may determine.

The order shall determine the name of the new dissentient school board.

The order comes into force on the date of its publication in the *Gazette officielle du Québec*.

132. The provisional council shall be responsible for taking such preliminary measures as are required for the operation of the dissentient school board in its territory from 1 July of the year following the year of service of the notice of dissent as well as such measures as are required for the organization of the first school year beginning on the same date.

For that purpose, the provisional council shall exercise the functions and powers of the dissentient school board as if it were the council of commissioners.

protestante, ou, selon le cas, lorsque les résultats de la vérification ou du recensement sont à cet effet.

129. L'avis de dissidence doit être signifié, avant le 31 décembre, à la commission scolaire ainsi qu'au ministre.

À la date de la signification de l'avis, la commission scolaire dissidente est instituée sur tout ou partie du territoire de la commission scolaire tel que décrit dans l'avis de dissidence.

130. L'avis de dissidence doit contenir:

- 1^o le nom de la commission scolaire dissidente;
- 2^o la description du territoire de la commission scolaire dissidente;
- 3^o le nom de trois personnes qui formeront un conseil provisoire;
- 4^o le nom de la personne qui agira à titre de directeur général de la commission scolaire dissidente jusqu'à ce que le conseil des commissaires nomme quelqu'un pour occuper ce poste.

En outre, les personnes intéressées mentionnent dans l'avis leurs nom, adresse, âge et confession religieuse et apposent leur signature en regard de ces mentions.

131. Lorsqu'un avis de dissidence a été signifié à chacune des commissions scolaires ayant compétence sur un territoire commun par des personnes appartenant à la même minorité religieuse, catholique ou protestante, le gouvernement peut, par décret, instituer une seule commission scolaire dissidente chargée d'offrir les services éducatifs sur le territoire qu'il détermine.

Le décret détermine le nom de la nouvelle commission scolaire dissidente.

Le décret entre en vigueur à la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec*.

132. Le conseil provisoire est chargé de prendre les mesures préparatoires requises pour le fonctionnement de la commission scolaire dissidente sur son territoire à compter du 1^{er} juillet de l'année qui suit celle de la signification de l'avis de dissidence et les mesures requises pour l'organisation de la première année scolaire qui débute à la même date.

À cette fin, il exerce les fonctions et pouvoirs de la commission scolaire dissidente comme s'il s'agissait du conseil des commissaires.

133. The provisional council of the dissentient school board, the school board on which the notice of dissent has been served and, where applicable, the regional school board of which the latter school board is a member shall apportion the rights and powers of the school board on which the notice of dissent has been served and, where applicable, of the regional school board among the dissentient school board, the school board on which the notice of dissent has been served and, where applicable, the regional school board.

Where the right to dissent is exercised in the year of publication of an order reducing the boundaries of the territory of a confessional school board, the latter shall be a party to the apportionment provided for in the first paragraph. In the case provided for in section 131, each school board on which the notice of dissent has been served shall be a party to the apportionment.

The Minister shall rule on any dispute among the school boards concerned except disputes respecting the transfer and reassignment of employees who are members of a certified association within the meaning of the Labour Code or employees who are entitled to a special recourse pursuant to a regulation of the Government made under section 451. The Minister shall ensure that his decision does not deprive the dissentient school board or, as the case may be, the confessional school board of any property necessary for its operation.

Section 121 applies to the transfer of ownership of immovables.

134. The Act respecting school elections applies to the election of the first commissioners of the dissentient school board.

Between 1 January and 1 March of the year following the year of service of the notice of dissent, the provisional council shall divide the territory of the dissentient school board into electoral divisions in accordance with the rules provided in the Act respecting school elections. The date of the poll shall be the second Sunday of the following month of June.

The first commissioners shall take office on the following 1 July and shall exercise alone the functions and powers of the council of commissioners until representatives of the parents' committee and, where applicable, of the parents of the minority of students referred to in section 146 are elected. The first commissioners shall remain in office until the date fixed for the next general election.

135. At the request of the dissentient school boards concerned whose territories are contiguous, or of a

133. Le conseil provisoire de la commission scolaire dissidente, la commission scolaire à laquelle a été signifié l'avis de dissidence et, le cas échéant, la commission scolaire régionale dont est membre cette dernière, répartissent les droits et obligations de la commission scolaire à laquelle a été signifié l'avis de dissidence et, le cas échéant, de la commission scolaire régionale, entre la commission scolaire dissidente, la commission scolaire à laquelle a été signifié l'avis de dissidence et, le cas échéant, la commission scolaire régionale.

Lorsque le droit à la dissidence est exercé durant la même année que celle de la publication d'un décret réduisant les limites du territoire d'une commission scolaire confessionnelle, cette dernière est partie à la répartition. Dans le cas prévu à l'article 131, chaque commission scolaire à laquelle a été signifié l'avis de dissidence est partie à la répartition.

Le ministre statue sur tout différend opposant les commissions scolaires en cause, sauf des différends en matière de transfert et d'intégration d'employés membres d'une association accréditée au sens du Code du travail ou d'employés pour lesquels un règlement du gouvernement pris en vertu de l'article 451 prévoit un recours particulier. Le ministre fait en sorte que sa décision ne prive pas la commission scolaire dissidente et, le cas échéant, la commission scolaire confessionnelle des biens nécessaires à leur fonctionnement.

L'article 121 s'applique au transfert de la propriété d'un immeuble.

134. La Loi sur les élections scolaires s'applique à l'élection des premiers commissaires de la commission scolaire dissidente.

Entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} mars de l'année qui suit celle de la signification de l'avis de dissidence, le conseil provisoire divise le territoire de la commission scolaire dissidente en circonscriptions électorales en suivant les règles prévues à la Loi sur les élections scolaires. La date du scrutin est le deuxième dimanche de juin suivant.

Les premiers commissaires entrent en fonction le 1^{er} juillet suivant et exercent seuls les fonctions du conseil des commissaires tant que les représentants du comité de parents et, le cas échéant, des parents de la minorité d'élèves visée à l'article 146 ne sont pas élus. Ils demeurent en fonction jusqu'à la date prévue pour la prochaine élection générale.

135. À la demande des commissions scolaires dissidentes intéressées dont les territoires sont limitrophes ou

majority of electors of these dissentient school boards, the Government may, by order, amalgamate their territories to form a new school board or extend the boundaries of the territory of one of the school boards by annexing the whole territory of the other school board. *a*

In the case of amalgamation, a new dissentient school board shall be established in the territory determined by the order and the school boards whose territories are annexed shall cease to exist. *b*

Where the whole territory of a school board is annexed, the school board shall cease to exist.

Sections 119 and 121, adapted as required, apply to these changes. *c*

136. The Government may, by order, divide the territory of any dissentient school board upon request by the board and establish a new territory of the dissentient school board or annex part of its territory to that of another dissentient school board consenting thereto whose territory is contiguous. *d*

In the case of a division for the purpose of establishing a new territory, a new dissentient school board shall be established in the territory determined in the order. *e*

Sections 120 and 121, adapted as required, apply to those changes.

137. The Government may, of its own motion, make an order contemplated in section 135 or 136. *f*

138. Any order issued under section 135, 136 or 137 shall determine, where such is the case, the name of the new dissentient school board and, subject to the norms governing the transfer and reassignment of staff prescribed by regulation of the Government under section 451, that of the person who will act as director general of the new dissentient school board until the council of commissioners appoints a person to that office. *g*

The order comes into force on 1 July following the date of its publication in the *Gazette officielle du Québec* or on any later date indicated therein.

139. The Government may, by order, terminate the existence of any dissentient school board which does not perform any of the functions contemplated in sections 208 to 220. *i*

The order comes into force on 30 June following the date of its publication in the *Gazette officielle du Québec* or on any later date indicated therein. *j*

d'une majorité d'électeurs de ces commissions scolaires dissidentes, le gouvernement peut, par décret, réunir leur territoire pour former une nouvelle commission scolaire ou étendre les limites du territoire de l'une de ces commissions scolaires en y annexant totalement le territoire de l'autre commission scolaire.

En cas de réunion, une nouvelle commission scolaire dissidente est instituée sur le territoire déterminé par le décret et les commissions scolaires dont le territoire est annexé cessent d'exister.

En cas d'annexion totale, la commission scolaire dont le territoire est annexé cesse d'exister.

Les articles 119 et 121 s'appliquent à ces changements, compte tenu des adaptations nécessaires.

136. À la demande d'une commission scolaire dissidente, le gouvernement peut, par décret, en diviser le territoire soit pour former un nouveau territoire de commission scolaire dissidente soit pour annexer une partie de son territoire à celui d'une autre commission scolaire dissidente dont le territoire est limitrophe qui y consent.

En cas de division pour la formation d'un nouveau territoire, une nouvelle commission scolaire dissidente est instituée sur le territoire déterminé dans le décret.

Les articles 120 et 121 s'appliquent à ces changements, compte tenu des adaptations nécessaires.

137. Le gouvernement peut, de sa propre initiative, prendre un décret visé à l'article 135 ou 136.

138. Le décret pris en application de l'article 135, 136 ou 137 détermine, le cas échéant, le nom de la nouvelle commission scolaire dissidente et, sous réserve des normes de transfert et d'intégration du personnel édictées par règlement du gouvernement pris en application de l'article 451, le nom de la personne qui agira à titre de directeur général de la nouvelle commission scolaire dissidente jusqu'à ce que le conseil des commissaires nomme quelqu'un pour occuper ce poste. *h*

Le décret entre en vigueur le 1^{er} juillet qui suit la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* ou à toute date ultérieure qui y est fixée.

139. Le gouvernement peut, par décret, mettre fin à l'existence de la commission scolaire dissidente qui n'exerce aucune des fonctions prévues aux articles 208 à 220.

Le décret entre en vigueur le 30 juin qui suit la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* ou à toute date ultérieure qui y est fixée.

Before the coming into force of the order, the Minister shall apportion the rights and obligations of the dissentient school board among the school boards whose territories coincide with that of the dissentient school board. Section 121 applies to the transfer of ownership of immovables.

206. Only those persons who belong to the same religious denomination as that of a confessional or dissentient school board and who elect to come under the jurisdiction of the school board come under the jurisdiction of that school board.

The first series of sections, from 126 to 139, concerns the exercise of the right to denominational dissent outside Québec and Montréal. Section 206 concerns attendance at denominational and dissentient schools.

The Court of Appeal concluded that these provisions were unconstitutional, answering subquestion 2(a) in the affirmative. Beauregard J.A. and LeBel J.A. were both of the view that the principle of the right to dissent as embodied in these sections is consistent with the right guaranteed by s. 93 of the Constitution. However, they considered that the enactments were inadequate as regards the immediate and effective exercise of the right to dissent when the linguistic boards are created. In their view, *Bill 107* prejudicially affects constitutional rights by completely suspending the exercise of the right to dissent, albeit temporarily, since a two-year period would elapse before minorities could have their own schools.

It should be noted, however, that the provisions submitted for the Court of Appeal's consideration were different from those set out above. Sections 129 and 132 to 134 were amended by the *Act to amend the Education Act and the Act respecting private education*, S.Q. 1990, c. 78. The amended *Bill 107* contains a series of new provisions dealing with the exercise of the right to dissent when the new school boards are established. The provisions are ss. 515.1 to 515.4. As in the submission of the Attorney General of Quebec they are a remedy for the defects noted by the Court of Appeal, they should be set out:

Avant l'entrée en vigueur du décret, le ministre répartit les droits et obligations de la commission scolaire dissidente entre les commissions scolaires dont le territoire recoupe celui de la commission scolaire dissidente. L'article 121 s'applique au transfert de la propriété d'un immeuble.

206. Seules relèvent de la compétence d'une commission scolaire confessionnelle ou dissidente les personnes qui sont de la confession religieuse dont la commission scolaire se réclame et qui choisissent de relever de cette commission scolaire.

La première série d'articles, de 126 à 139, porte sur l'exercice du droit à la dissidence confessionnelle en dehors de Québec et de Montréal. L'article 206 concerne la fréquentation des écoles confessionnelles et dissidentes.

La Cour d'appel a conclu à l'inconstitutionnalité de ces dispositions, en répondant affirmativement à la sous-question 2a). Aussi bien pour le juge Beauregard que pour le juge LeBel, le principe de l'exercice de la dissidence envisagé par ces articles est respectueux du droit garanti par l'art. 93 de la Constitution. Cependant, ils estiment que les mesures présentent des lacunes au niveau de l'exercice immédiat et effectif du droit à la dissidence lors de la création des commissions linguistiques. La *Loi 107* porterait atteinte de façon préjudiciable aux droits constitutionnels en suspendant totalement quoique temporairement l'exercice du droit à la dissidence. En effet, il s'écoulerait une période de deux ans avant que les minorités puissent avoir leurs propres écoles.

Il faut cependant noter que les dispositions soumises à l'examen de la Cour d'appel étaient différentes de celles reproduites ci-dessus. Les articles 129 et 132 à 134 ont été modifiés par la *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé*, L.Q. 1990, ch. 78. La *Loi 107* modifiée contient en outre une série de nouvelles dispositions statuant sur l'exercice du droit à la dissidence lors de la mise en place des nouvelles commissions linguistiques. Il s'agit des art. 515.1 à 515.4. Comme, d'après le procureur général du Québec, ils constituent un remède aux défauts signalés par la Cour d'appel, il convient de les reproduire:

515.1. Between 1 June and 30 October of the year of publication of the order respecting territorial division referred to in section 111, the provisional council of a French-language school board or of an English-language school board shall, for the purpose of the exercise of the right to dissent referred to in section 515.2, draw up the list of electors of the new school board in accordance with the rules provided in the Act respecting school elections as if an election were to be held on 31 December of the same year.

In drawing up the list of electors, the provisional council shall verify whether the persons are Catholic or Protestant or of another religious affiliation. Every person who refuses to respond or who cannot be contacted is deemed to be neither Catholic nor Protestant.

The director general shall deposit the list of electors at the head office of the existing school boards and shall give public notice thereof. The provisions of the Act respecting school elections concerning the revision of the list of electors apply; for that purpose, the director general shall exercise the functions and powers of the returning officer.

515.2. Any number of natural persons of full age who are entered on the list of electors of the French-language school board or of the English-language school board drawn up under section 515.1 and who are of a religious denomination, Catholic or Protestant, different from that of the majority of the persons entered on the list may serve a written notice of dissent on the provisional council of the school board.

The notice of dissent must be served before 31 December of the year of publication of the order respecting territorial division referred to in section 111.

The dissentient school board is established on the date of service of the notice in the territory, or part thereof, of the French-language school board or of the English-language school board as described in the notice of dissent.

515.3. The notice of dissent must be made in conformity with section 130.

515.4. Section 515 applies to the provisional council of a dissentient school board.

As to the right of dissent itself, the Quebec Association of Protestant School Boards is of the view that the terms of *Bill 107* do not meet the requirements of s. 93 of the Constitution. Under

515.1. Entre le 1^{er} juin et le 30 octobre de l'année de la publication du décret de division territoriale visé à l'article 111, le conseil provisoire d'une commission scolaire francophone ou anglophone dresse, aux fins de l'exercice du droit à la dissidence visé à l'article 515.2, la liste électorale de la commission scolaire nouvelle en suivant les règles prévues à la Loi sur les élections scolaires comme si une élection devait se tenir le 31 décembre de la même année.

En dressant la liste électorale, le conseil provisoire vérifie si les personnes appartiennent à la confession catholique ou protestante ou à une autre confession. Les personnes qui refusent de répondre ou qui ne peuvent être rejointes sont réputées ne pas appartenir à la confession religieuse catholique ou protestante.

Le directeur général dépose la liste électorale au siège social des commissions scolaires existantes et en donne un avis public. Les dispositions de la Loi sur les élections scolaires relatives à la révision de la liste électorale s'appliquent; à cette fin, le directeur général exerce les fonctions et pouvoirs du président d'élection.

515.2. Un nombre quelconque de personnes physiques majeures inscrites sur la liste électorale de la commission scolaire francophone ou anglophone établie en vertu de l'article 515.1 et qui appartiennent à une confession religieuse, catholique ou protestante, à laquelle n'appartient pas la majorité des personnes inscrites sur cette liste peuvent signifier, par écrit, au conseil provisoire de cette dernière un avis de dissidence.

L'avis de dissidence doit être signifié avant le 31 décembre de l'année de la publication du décret de division territoriale visé à l'article 111.

À la date de la signification de l'avis, la commission scolaire dissidente est instituée sur tout ou partie du territoire de la commission scolaire francophone ou anglophone tel que décrit dans l'avis de dissidence.

515.3. L'avis de dissidence doit être conforme à l'article 130.

515.4. L'article 515 s'applique au conseil provisoire d'une commission scolaire dissidente.

En ce qui concerne le droit de dissidence lui-même, l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec considère que les modalités prévues à la *Loi 107* ne satisfont pas aux exi-

the new legislation, this right is enjoyed by Catholics and Protestants who are a minority within the school board population. Since the school boards in question are linguistic, Anglophone Protestants will be unable to exercise their right to dissent unless they form a minority within the English-language board, which would not be likely. The effect of *Bill 107* is that only Francophone Protestants and Anglophone Catholics could exercise the right to dissent.

In the submission of the Association, the amendments made to *Bill 107* after the Court of Appeal judgment are furthermore insufficient since, according to that body, the measures contemplated are unrealistic and impractical.

As to limiting attendance only to members of the denomination, the Association considers that this will have a detrimental effect on the viability of schools and adversely affect the financial support needed to maintain them.

The Fédération des commissions scolaires du Québec submits arguments only on the first two subquestions. It is of the view that the entire dissent process provided for in *Bill 107* prejudicially affects the rights and privileges protected by s. 93, and not merely its transitional aspect. The Fédération argues that a preliminary requirement to the exercise of the right to dissent, which did not exist in 1861, prejudicially affects the classes of persons contemplated by s. 93. This appellant further notes that the right to dissent is no longer exercised in relation to a single majority group as in 1861, but in respect of each linguistic school board in a given territory. Finally, it is of the view that a right the application or exercise of which is conditional on the good faith of the government has nothing in common with the absolute right which existed in 1867.

In the submission of the Commission scolaire Chomedey de Laval, the way in which *Bill 107* approaches the right to dissent deprives majorities of everything which the exercise of their rights has

gences de l'art. 93 de la Constitution. En effet, selon la nouvelle loi, ce droit appartient aux catholiques et aux protestants minoritaires au sein de la population de la commission scolaire. Puisqu'il s'agit de commissions scolaires linguistiques, les protestants anglophones ne pourront se prévaloir de leur droit à la dissidence que s'ils forment une minorité au sein de la commission anglophone, ce qui serait invraisemblable. L'effet de la *Loi 107* est que seuls les protestants francophones et les catholiques anglophones pourraient se prévaloir du droit à la dissidence.

Pour l'Association, les modifications apportées à la *Loi 107* après le jugement de la Cour d'appel sont en outre insuffisantes puisque, selon cet organisme, les mesures envisagées sont irréalistes et impraticables.

Quant à la limitation de la fréquentation aux seuls membres de la confession, l'Association estime que cela aura un effet néfaste sur la viabilité des écoles et nuira au support financier nécessaire à leur maintien.

La Fédération des commissions scolaires du Québec soumet des arguments uniquement sur les deux premières sous-questions. Elle considère que tout le processus de dissidence prévu par la *Loi 107* porte atteinte aux droits et privilèges protégés par l'art. 93 et non uniquement son aspect transitoire. Elle prétend qu'une étape préalable à l'exercice du droit à la dissidence, inexistante en 1861, porte préjudice aux classes de personnes visées à l'art. 93. En outre, cette appelante souligne que le droit à la dissidence ne s'exerce plus en fonction d'un seul groupe majoritaire comme en 1861 mais plutôt en regard de chaque commission scolaire linguistique sur un territoire donné. Finalement, elle estime qu'un droit dont l'application ou l'exercice est conditionnel à la bonne foi de l'État n'a rien de commun avec le droit absolu qui existait en 1867.

Pour la Commission scolaire Chomedey de Laval, la façon dont la *Loi 107* envisage le droit de dissidence fait perdre aux majorités tout ce que l'exercice de leurs droits aurait permis d'acquérir

enabled them to acquire over the years and compels them to start again from scratch, provided they form a minority. The Commission also challenges the terms and conditions necessary to exercise the right to dissent and objects that the new legislation does nothing to ensure continuity of rights regarding the denominational nature of the school, control of the moral and religious qualities of teachers and the right of religious authorities to select religious books and visit schools.

The Montreal Catholic School Commission points out that *Bill 107* as a whole is designed to discourage the formation of dissentient school boards. It imposes an undue burden on the exercise of dissent, quite different from the situation prevailing in 1861. This appellant was of the view that *Bill 107* denies exercise of the right to dissent and that the first subquestion should accordingly be answered in the affirmative. It further alleges that the power given to the government to alter dissentient school boards by amalgamating or splitting them up is unconstitutional.

The Attorney General of Quebec points out that *Bill 107* is careful to preserve the right to dissent and that its concern is to modernize the way in which this is exercised. By authorizing the government to alter the institutional structure or school territories, *Bill 107* is merely reproducing the *1861 Act*. The respondent alleges that as in 1861 grants or revenue from taxation and monthly payments for children of another faith attending a dissentient school were excluded, it cannot be said that the new legislation, by limiting access to dissentient schools to children of the dissentient denomination, affects a denominational right.

In the submission of the Attorney General of Quebec, following the legislative amendments made in 1990 the right to dissent may be exercised at any time and a dissentient school can be quickly established.

au cours des ans et les forcerait à recommencer à zéro, à condition de former une minorité. Elle conteste aussi les modalités et conditions nécessaires à l'exercice du droit à la dissidence et déplore que la nouvelle législation n'assure aucunement la pérennité des droits ayant trait au caractère confessionnel de l'école, au contrôle de la qualité morale et religieuse des enseignants et au droit des autorités religieuses de faire le choix des livres de religion et de visiter les écoles.

La Commission des écoles catholiques de Montréal fait remarquer que la *Loi 107*, dans son ensemble, vise à décourager la formation de commissions scolaires dissidentes. Elle impose un fardeau indu à l'exercice de la dissidence, en rien comparable avec ce qui avait cours en 1861. Pour cette appelante, la *Loi 107* nie l'exercice du droit de dissidence et par conséquent, la première sous-question doit recevoir une réponse affirmative. Elle allègue en outre que le pouvoir accordé au gouvernement de modifier les commissions scolaires dissidentes, en les fusionnant ou en les divisant, est inconstitutionnel.

Le procureur général du Québec souligne que la *Loi 107* prend soin de préserver le droit à la dissidence et a le souci d'actualiser les modalités de son exercice. En permettant au gouvernement de modifier les structures ou les territoires scolaires, la *Loi 107* ne fait que reproduire la *Loi de 1861*. L'intimé allègue que, comme il n'aurait pu y avoir, en 1861, des subventions ou des revenus provenant de la taxation et de la rétribution mensuelle pour les enfants d'une autre croyance fréquentant l'école dissidente, l'on ne peut prétendre que la nouvelle législation, en limitant l'accès aux écoles dissidentes aux enfants de la confession dissidente, affecte un droit de nature confessionnelle.

D'après le procureur général du Québec, à la suite des modifications législatives apportées en 1990, la dissidence peut être exercée en tout temps et l'école dissidente peut être mise sur pied rapidement.

(1) Way in which Dissent is Exercised and Dissent School Boards Created

Although the principal purpose of the legislation is to modernize the Quebec school system at the primary and secondary levels through an in-depth reform, it still gives religious instruction an important place. In the opinion of LeBel J.A., this could avoid recourse to dissent. However, the legislature leaves open the possibility of organizing denominational dissent and provides new mechanisms to govern its exercise.

Section 126 enunciates the principle of the right to dissent and the conditions for exercising it. Its first paragraph is in a sense the equivalent of s. 55 of the *1861 Act*. Under that section, three conditions were necessary before a dissentient declaration could be made. The *1861 Act* provided that dissent could be exercised (1) by a minority, (2) by a denominational minority, and (3) which is not in agreement with the regulations made by the religious majority. *Bill 107* retains only the first two criteria, as indeed the Quebec legislature has always done since 1899 (S.Q. 1899, c. 28, s. 123). In short, the requirements of the modern statute are less stringent than they could have been under s. 93 of the Constitution.

(a) *Basis of Dissent*

The right to dissent is still linked to the notion of a denominational minority. Since the constitutionally guaranteed right may be exercised by a minority in respect of the inhabitants of a given school municipality, Anglophone Protestants and Roman Catholic Francophones will not often be able to use this mechanism with regard to linguistic school boards. In view of the purpose and reasons for the right to dissent, they will not have need of it since they will constitute the religious majority, and consequently the school board will probably meet their needs and aspirations. Of course one can conceive of cases where this theoretical situation will not reflect the real needs of certain parents, but s. 93 of the Constitution and

(1) Le mode d'exercice de la dissidence et le mode de création des commissions scolaires dissidentes

Bien qu'ayant comme objectif principal d'actualiser le système scolaire québécois aux niveaux primaire et secondaire en le modifiant en profondeur, le législateur accorde encore une place importante à l'enseignement religieux. D'après le juge LeBel, cela pourrait éviter le recours à la dissidence. Cependant, le législateur laisse la possibilité d'organiser une dissidence confessionnelle et prévoit des mécanismes nouveaux pour encadrer son exercice.

C'est l'article 126 qui énonce le principe du droit à la dissidence et les conditions pour s'en prévaloir. Son premier alinéa est, en quelque sorte, l'équivalent de l'art. 55 de la *Loi de 1861*. Selon cet article, trois conditions étaient nécessaires pour pouvoir se déclarer dissident. La *Loi de 1861* prévoyait que la dissidence pouvait être exercée (1) par une minorité, (2) minorité sur le plan de la confession religieuse, et (3) qui est insatisfaite des règlements établis par la majorité religieuse. La *Loi 107* ne retient que les deux premiers critères, comme l'a d'ailleurs toujours fait le législateur québécois depuis 1899 (S.Q. 1899, ch. 28, art. 123). En somme, la loi moderne est moins exigeante qu'elle ne pourrait l'être en vertu de l'art. 93 de la Constitution.

a) *L'assiette de la dissidence*

Le droit à la dissidence est encore lié à la notion de minorité confessionnelle. Puisque le droit garanti constitutionnellement peut être exercé par une minorité en regard des habitants d'une municipalité scolaire donnée, les protestants anglophones et les francophones catholiques romains ne pourront pas fréquemment recourir à ce mécanisme à l'endroit des commissions scolaires linguistiques. Compte tenu du but et des raisons d'être du droit à la dissidence, ils n'en auront pas besoin puisqu'ils constitueront la majorité religieuse et que, par conséquent, la commission scolaire répondra vraisemblablement à leurs besoins et à leurs aspirations. Bien sûr, l'on peut imaginer des cas où cette situation théorique ne correspondra pas aux besoins

the *1861 Act* it crystallizes are also not a perfect solution. It should also be recalled that outside the two major cities, s. 93 provides the religious majority with no form of protection.

Fundamentally, the right to dissent is a right the exercise of which is contingent. It may vary in accordance with a double factor. It is predicated on the composition of the population in a given territory. If the territory of a school municipality is altered or if the movements of population change the demography of the territory, minorities may become majorities, or vice versa.

The basis of the right to dissent provided for by the Quebec legislature in *Bill 107* does not preclude or alter its exercise and does not conflict with the constitutional protection given to religious minorities.

(b) *Procedure*

(i) Verifying the Request to Dissent

Sections 126, 127 and 128 impose a three-step procedure: persons wishing to exercise the right of dissent must make an application for recognition that they belong to a religious minority, Catholic or Protestant; then, there is recognition of membership in a denominational minority or verification of the latter by the linguistic school board; finally, a notice of dissent is sent to the school board and the Minister of Education. The notice of dissent leads to the creation of a denominational school board, under the authority of a provisional council.

These provisions give the linguistic school board from which the religious minority wishes to separate a part to play in their enumeration and in verifying the denomination. As Beauregard J.A. wrote: [TRANSLATION] “[t]he linguistic board has no discretionary authority: its only function is to recognize a situation of fact” (p. 2583). The intervention of the linguistic board is certainly a differ-

réels de certains parents mais l’art. 93 de la Constitution et la *Loi de 1861* qu’il cristallise ne constituent pas non plus une panacée. En outre, souvenons-nous qu’en dehors des deux grandes villes, l’art. 93 n’accorde aucune forme de protection à la majorité religieuse.

Fondamentalement, le droit à la dissidence est un droit dont l’exercice est aléatoire. Il peut varier en fonction d’un double facteur. En effet, il dépend de la composition de la population sur un territoire donné. Que le territoire d’une municipalité scolaire soit modifié ou que des mouvements de population modifient le visage démographique du territoire et les minoritaires risquent de devenir majoritaires ou vice-versa.

L’assiette du droit à la dissidence prévue par le législateur québécois dans la *Loi 107* n’empêche ni ne modifie son exercice et ne va pas à l’encontre de la protection constitutionnelle accordée aux minorités religieuses.

b) *La procédure*

(i) Vérification de la demande de dissidence

Les articles 126, 127 et 128 imposent une procédure en trois temps: les personnes qui veulent se prévaloir du droit de dissidence doivent faire une demande de reconnaissance de leur appartenance à une minorité religieuse, catholique ou protestante; ensuite, il y a reconnaissance de l’appartenance à une minorité confessionnelle ou vérification de celle-ci par la commission scolaire linguistique; finalement, un avis de dissidence est envoyé à la commission scolaire et au ministre de l’Éducation. L’avis de dissidence conduit à la création de la commission scolaire confessionnelle, qui existe sous l’autorité d’un conseil provisoire.

Ces dispositions donnent à la commission scolaire linguistique dont les minoritaires sur le plan religieux veulent se détacher un rôle dans leur recensement et dans la vérification de la confession. Comme l’écrit le juge Beauregard, «[l]a commission linguistique n’a aucun pouvoir discrétionnaire; son seul rôle consiste à constater une situation de fait» (p. 2583). L’intervention de la

ence from the *1861 Act*, which gave dissent a unilateral character not subject to any administrative control, but this does not in any way limit the right to dissent. This is merely a mechanism for administrative verification which was probably unnecessary in the last century because of the social structure and demographic situation in the province.

I cannot see how by these provisions the right to dissent itself, as protected by the Constitution, is infringed. Its exercise is in keeping with what the legislature laid down in 1861.

(ii) Establishment of Dissident Schools, Time Periods and Completion

One of the main sources of concern may come from the time required to establish the dissident denominational system. Two situations must be distinguished: first, the setting up of a dissident system at the time the new linguistic system is itself being implemented, and second, the exercise of the right to dissent after the system of linguistic boards has been established. As I mentioned, it is the time initially allowed by the legislature for exercising the right to dissent in the first situation which led the Quebec Court of Appeal to declare the provisions of *Bill 107* dealing with the right to dissent to be unconstitutional.

Bill 107 now sets up a provisional system, in ss. 510 *et seq.* It appears from reading these sections and from the oral explanations given by counsel for the respondent in this Court that exercise of the right to dissent will be possible more or less concurrently with the establishment of the new linguistic school boards. Only the main chronological steps need be set out here, designating as "year A" the one in which the government publishes the territorial division order under s. 111 of *Bill 107*. By April 15 of year A at the latest the existing school boards, that is, the school boards for Catholics and school boards for Protestants, are to proceed with the establishment of provisional

commission linguistique constitue certes une différence avec la *Loi de 1861*, qui laissait à la dissidence un caractère unilatéral sans aucun contrôle administratif mais cela ne réduit en rien le droit à la dissidence. Il ne s'agit ici que d'un mécanisme de vérification administrative qui était vraisemblablement inutile au siècle dernier à cause des structures sociales et de l'état démographique de la province.

Je ne peux me convaincre que, par ces dispositions, le droit à la dissidence lui-même, tel que protégé par la Constitution, soit enfreint. Son exercice est dans la lignée de ce qu'avait prévu le législateur en 1861.

(ii) Mise en place de l'école dissidente, délais, réalisation

Une des principales sources d'inquiétude peut venir du délai nécessaire pour la mise en place du système confessionnel dissident. Il convient de distinguer deux situations: d'une part, l'implantation d'un réseau dissident alors que le nouveau système linguistique est lui-même en voie de mise en place, et d'autre part, l'exercice du droit de dissidence après que le système des commissions linguistiques ait été établi. Comme je l'ai mentionné, c'est le délai initialement prévu par le législateur pour l'exercice du droit de dissidence dans la première situation qui avait amené la Cour d'appel du Québec à déclarer inconstitutionnelles les dispositions de la *Loi 107* portant sur le droit à la dissidence.

La *Loi 107* prévoit maintenant un régime provisoire aux art. 510 et suiv. À la lecture de ces articles et selon les explications orales fournies par le procureur de l'intimé devant nous, il ressort que l'exercice du droit à la dissidence sera possible de façon pratiquement concomitante à la mise en place des nouvelles commissions scolaires linguistiques. Il suffit d'énoncer ici les étapes chronologiques principales, en désignant par «année A» celle où le gouvernement fait publier le décret de division territoriale en vertu de l'art. 111 de la *Loi 107*. Au plus tard le 15 avril de l'année A, les commissions scolaires actuelles, c'est-à-dire les commissions scolaires pour catholiques et les commis-

councils for the new linguistic boards (s. 510). Under s. 515.1, these provisional councils shall between June 1 and October 30 of year A draw up a list of electors of the new linguistic school boards in accordance with the rules provided in the *Act respecting school elections*, R.S.Q., c. E-2.3, which indicates the religious affiliation of each registered elector. Any number of natural persons entered on this list who are of the religious denomination, Catholic or Protestant, different from that of the majority of electors may serve a written notice of dissent on the provisional council (s. 515.2) before December 31 of year A. Under s. 515.2 *in fine*, “[t]he dissentient school board is established on the date of service of the notice in the territory, or part thereof, of the French-language school board or of the English-language school board as described in the notice of dissent”. (Emphasis added.)

Finally, it can be seen that the new dissentient school boards are not at a disadvantage compared with the new linguistic school boards in terms of establishment time, since both in fact begin operation at the same time, namely July 1 of the year following that of publication of the order (s. 530).

Since the religious minority can declare its dissent as soon as the electoral list is drawn up, this is a far cry from the requirements of the last century when minorities first had to be informed of the regulations established by the majority in order to indicate their disagreement. There is a slight time lag at the start of the process, since they must wait until the list is drawn up in order to be able to serve the notice of dissent. This hiatus is normal and consistent with the very idea of dissent, which is a relative condition. One cannot be dissentient in the absolute or *a priori*.

It must be noted that the Constitution provides no guarantee that existing institutions or vested rights will be maintained. Consequently, reform of the educational system is possible, with the transitional inconvenience involved in any major institu-

sions scolaires pour protestants, procèdent à la formation des conseils provisoires des nouvelles commissions linguistiques (art. 510). En vertu de l’art. 515.1, ces conseils provisoires entre le 1^{er} juin et le 30 octobre de l’année A dressent la liste électorale des nouvelles commissions scolaires linguistiques, selon les règles prévues à la *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., ch. E-2.3, et qui indique l’appartenance religieuse de chaque électeur inscrit. Un nombre quelconque de personnes physiques inscrites sur cette liste et qui appartiennent à la confession religieuse, catholique ou protestante, à laquelle n’appartient pas la majorité des électeurs, peuvent signifier par écrit un avis de dissidence au conseil provisoire (art. 515.2) avant le 31 décembre de l’année A. En vertu de l’art. 515.2 *in fine*, «[à] la date de la signification de l’avis, la commission scolaire dissidente est instituée sur tout ou partie du territoire de la commission scolaire francophone ou anglophone tel que décrit dans l’avis de dissidence». (Je souligne.)

Enfinement, l’on constate que les nouvelles commissions scolaires dissidentes n’ont rien à envier aux nouvelles commissions scolaires linguistiques en termes de délai d’établissement puisque les unes et les autres commencent effectivement à fonctionner en même temps, soit le 1^{er} juillet de l’année suivant celle de la publication du décret (art. 530).

Puisque la minorité religieuse peut se déclarer dissidente dès que la liste électorale est dressée, nous sommes loin des exigences du siècle dernier où les minoritaires devaient d’abord connaître les règlements établis par la majorité pour faire connaître leur désaccord. Il y a un léger décalage, au commencement du processus, puisqu’il faut attendre que la liste soit dressée pour pouvoir signifier l’avis de dissidence. Ce hiatus est normal et tient à la notion même de dissidence qui est un état relatif. On ne peut, en effet, être dissident dans l’absolu ou *a priori*.

Je rappelle que la Constitution n’accorde pas de garantie du maintien des structures existantes ni des droits acquis. Une réforme du système scolaire est par conséquent possible, avec les inconvénients transitoires qu’implique toute modification

tional reorganization. However, such inconvenience must not make the effective exercise of the right to dissent impracticable or have a serious adverse effect on it. In this regard, a distinction should be made between difficulties which are inevitable because they are due to the Act itself and those which arise in its implementation. I agree that the time periods specified by *Bill 107* may lead to problems, but I am not persuaded that they are a necessary consequence. If they occur, they are more likely to be attributable to those responsible for implementing the Act. Other remedies would then be available to ensure that the right to dissent can be exercised on an equal basis.

The Fédération des commissions scolaires du Québec and the Quebec Association of Protestant School Boards point out that although the provisional council of the dissentient school board has the same powers as the provisional council of the linguistic school board, the dissentients are not entitled to financing and staff. However, s. 531 and the provisions falling under the heading "Functions and Powers of Provisional Councils", applicable to the provisional council of a dissentient school board under ss. 515 and 515.4, provide otherwise. Moreover, these provisions make the dissentient provisional council, where applicable, necessarily a party with the linguistic provisional council to any allocation of immovable property (s. 519), to the three-year plan of allocation and destination of immovables and to the establishment of the list of schools (s. 520), to the allocation of other rights (s. 521), to the establishment of the personnel reassignment plan (s. 522), and to the organization of the first school year (s. 523).

This means that these essential aspects of the establishment of new school services cannot be carried out so long as the notice of dissent has not been given or the time period for doing so expired. Everyone therefore has an interest in seeing the electoral list drawn up and the right to dissent, where such is the case, exercised as soon as possible.

majeure de structures. Ceux-ci ne doivent toutefois pas rendre impraticable ou porter un préjudice important à l'exercice efficace du droit à la dissidence. À cet égard, il faut distinguer les difficultés inévitables parce qu'attribuables à la Loi elle-même de celles qui surgissent dans son application. Que les délais prévus par la *Loi 107* puissent donner lieu à des difficultés, j'en conviens mais je ne suis pas convaincu qu'elles en soient la conséquence nécessaire. Si elles surviennent, ce serait plutôt en raison du fait des responsables de sa mise en application et elles pourraient donner ouverture à d'autres recours de façon à permettre l'exercice du droit de dissidence dans un contexte d'égalité.

La Fédération des commissions scolaires du Québec ainsi que l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec font remarquer que bien que le conseil provisoire de la commission scolaire dissidente ait les mêmes pouvoirs que le conseil provisoire de la commission scolaire linguistique, les dissidents n'ont cependant pas droit au financement et au personnel. Pourtant, l'art. 531 et les dispositions regroupées sous le titre «Fonctions et pouvoirs des conseils provisoires», applicables au conseil provisoire d'une commission scolaire dissidente en vertu des art. 515 et 515.4, ne permettent pas de conclure à une telle exclusion. De plus, ces dispositions rendent le conseil provisoire dissident, le cas échéant, obligatoirement partie avec le conseil provisoire linguistique à toute répartition des immeubles (art. 519), au plan triennal de répartition et de destination des immeubles et à l'établissement de la liste des écoles (art. 520), à la répartition des autres droits (art. 521), à l'établissement du plan d'intégration du personnel (art. 522) et à l'organisation de la première année scolaire (art. 523).

C'est dire que ces éléments essentiels à la mise en place des nouveaux services scolaires ne peuvent être établis tant que l'avis de dissidence n'aura été donné ou le délai pour ce faire expiré. Tous ont donc intérêt à ce que la liste électorale soit établie et le droit à la dissidence soit, le cas échéant, exercé dans les meilleurs délais.

For the second situation, reference must be made to ss. 126 *et seq.* I do not think that the establishment of dissentient boards in such circumstances creates any particular difficulty.

(c) *Allocation of Property*

Doubts have been expressed concerning an intervention by the Minister of Education in the event of a dispute (ss. 133 and 533) at the time of the allocation of property and rights, as it is argued that there is always a risk of bad faith. The latter should not be presumed, however. Further, as counsel for the respondent pointed out, the Minister's intervention and the fairness of his decision go more to the implementation of *Bill 107* than to the constitutionality of the provisions. Of course, if a statute is drafted so that it cannot be applied, its quality may be doubted: but that is not the case here.

The same s. 133, and s. 533, contain a criterion which is particularly noteworthy, since the legislature speaks of "property necessary" for the operation of the dissentient school boards and denominational boards. This necessity test is objective: the level of available services is the yardstick. It means that the means for exercising the right to dissent must be made available without discrimination, with no prejudicial effects, and the dissentient boards must be on the same footing in this respect as the linguistic boards from which they separate. This includes equality of access to public funds, to means of taxation and, in the event of a reorganization, to the distribution of immovable property, physical facilities and existing personnel. Speaking of the right of Catholic taxpayers in Ontario to have secondary schools for their children, Wilson J. said in the *Ontario Separate Schools Reference*, *supra*, at pp. 1195-96:

It is clear that if the foregoing right was to be meaningful an adequate level of funding was required to support it. This Court held unanimously in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, that the right of dissentient schools in Quebec to a proportionate share of government funding

Pour la seconde situation, il faut se reporter aux art. 126 et suiv. Je ne crois pas que l'établissement de commissions dissidentes dans ces circonstances pose des difficultés particulières.

c) *La répartition des biens*

Des doutes surgissent chez certains quant à l'intervention du ministre de l'Éducation en cas de différends (art. 133 et 533) au moment de la répartition des biens et des droits où ils prétendent que la mauvaise foi est toujours à craindre. Toutefois, celle-ci ne doit pas être présumée. En outre, comme l'a fait remarquer le procureur de l'intimé, l'intervention du ministre et l'équité de sa décision relèvent plus de l'application de la *Loi 107* que de la constitutionnalité des dispositions. Bien sûr, si une loi est construite de telle sorte qu'elle est inapplicable, l'on peut douter de sa qualité. Mais tel n'est pas le cas ici.

Le même art. 133, ainsi que l'art. 533, contiennent un critère qui retient particulièrement l'attention, puisque le législateur parle des «biens nécessaires» au fonctionnement des commissions scolaires dissidentes et des commissions confessionnelles. Ce critère de nécessité est objectif: il se mesure à l'aune du niveau des services disponibles. Il signifie que les moyens d'exercer le droit à la dissidence doivent être accessibles sans discrimination, sans qu'ils comportent préjudice, et que les commissions dissidentes doivent se retrouver sur un pied d'égalité à cet égard avec les commissions linguistiques dont elles se détachent. Ceci comprend l'égalité d'accès aux fonds publics, aux moyens d'imposition et, en cas d'une restructuration, au partage des immeubles, facilités matérielles et personnel existants. Parlant du droit pour les contribuables catholiques en Ontario d'avoir des écoles de niveau secondaire pour leurs enfants, le juge Wilson affirme dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario*, précité, aux pp. 1195 et 1196:

Il est manifeste que, pour que le droit précité ait un sens, il doit s'accompagner d'une affectation de fonds adéquate. Cette Cour a conclu à l'unanimité, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, que le droit des écoles dissidentes au Québec à une part proportionnée du finance-

was a right protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

When we speak of equality, this must be understood in the sense of equivalence and not that of strict quantitative identity, as Chouinard J. noted in *Greater Hull, supra*, at p. 591:

Proportionality is more significant. Whether on the basis of total population or that of school attendance, the principle of a fair and non-discriminatory distribution is recognized. [Emphasis added.]

There are those who would have preferred to see the criteria defined more precisely in the Act. That seems difficult as necessity depends on a number of factors and there are different needs for each situation. If a dissentient board considers it has been wronged, it may resort to the courts to challenge the allocation.

On this point, finally, I adopt the comments of LeBel J.A. (at p. 2546):

[TRANSLATION] Nor does the method of allocating property and assets in s. 134 [now s. 133] prejudicially affect the right to dissent. It is even more favorable in a sense than the provisions of s. 55 of the 1861 education Act. The latter gave them no right to have property owned by the school board transferred. By contrast, the system of the Minister allocating property necessary for the operation of the school boards rests on a principle which appears to be capable of guaranteeing the rights of dissentients. As arbitrator of disputes as to the transfer of property, the Minister cannot leave the dissentient school board without resources. [Emphasis added.]

(2) Power of the Government to Alter the Legal Structure of Dissentient School Boards and Wind Up Those Which are no Longer Functional

As I have already said, the Constitution guarantees the right to dissent *per se*, not to certain legal institutions through which it may be exercised. The legislature can therefore alter them without infringing the constitutional protections.

ment assuré par le gouvernement est un droit garanti par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Lorsque l'on parle d'égalité, il faut l'entendre dans le sens d'équivalence et non dans celui d'identité quantitative stricte, ainsi que l'exprime le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, à la p. 591:

Ce qui importe davantage c'est la proportionnalité. Qu'elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est reconnu d'une répartition équitable et sans discrimination. [Je souligne.]

Certains souhaiteraient que les critères soient plus précisément définis dans la Loi. Cela semble difficile car la nécessité dépend de nombreux facteurs et à chaque situation correspondent des besoins différents. Si une commission dissidente s'estime lésée, elle peut recourir aux tribunaux pour contester la répartition.

Sur cette question, finalement, je reprends à mon compte les propos du juge LeBel, à la p. 2546:

La méthode d'attribution des biens et actifs de l'article 134 [maintenant l'art. 133] n'est pas non plus attentatoire au droit à la dissidence. Elle est même plus favorable, en un sens, que les dispositions de l'article 55 de la loi scolaire de 1861. Celles-ci ne leur accordaient aucun droit de transfert de biens appartenant à la commission scolaire. Par contre, le système d'attribution des biens nécessaires au fonctionnement des commissions scolaires par le ministre repose sur un principe qui paraît capable d'assurer les droits des dissidents. Le ministre, en effet, s'il est l'arbitre des différends sur le transfert des biens, ne peut laisser la commission scolaire dissidente sans ressources. [Je souligne.]

(2) Le pouvoir du gouvernement de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes et de mettre fin à celles qui n'exercent plus de fonction

Comme je l'ai déjà dit, la Constitution garantit le droit à la dissidence *per se*, non à certaines structures juridiques qui permettent de l'exercer. Par conséquent, le législateur peut les modifier sans enfreindre les protections constitutionnelles.

It is true that the *1861 Act* said nothing about the government's power to wind up an inactive dissentient board. Such a power does not conflict with a right or privilege of a class of persons in respect of denominational schools since, as it is inactive, the board no longer represents an exercise of the right to dissent. It is, as Beauregard J.A. puts it, [TRANSLATION] "purely a matter of administration which does not fundamentally affect the right to dissent. It is normal for the government, which has a duty to ensure order in the administration of public affairs, to have such a power" (p. 2584). The abolition of an inactive board at a given time does not prevent subsequent exercise of the right to dissent.

(3) Exclusion of Children of Another Denomination

The Court of Appeal unanimously held that the restriction of the student body to members of the religious faith of the dissentient and denominational boards does not prejudicially affect a right protected by s. 93 of the Constitution.

In the opinion of Beauregard J.A. the fact that at Confederation a school board could admit or refuse to admit a child from another religion was not an essential characteristic of the right to dissent. I share his view when he says at p. 2585 that this situation [TRANSLATION] "has nothing to do with the right of a religious minority to dissociate itself from the majority with respect to teaching in schools".

In *Hirsch, supra*, the Privy Council noted that the *1861 Act* is not very clear on the question of attendance at dissentient schools. Viscount Cave said that in fact s. 66, which could be interpreted as authorizing all schools to admit children of any faith, does not apply to dissentient schools. That means that they accept only children of their own faith, and this appears to be reinforced by s. 56(2). However, Viscount Cave was of the view that dissentient schools could accept children from another denomination "as a matter of favour" (p. 208). He deduced from the language used by

Il est vrai que la *Loi de 1861* était silencieuse sur le pouvoir du gouvernement de mettre fin à une commission dissidente inactive. Ce pouvoir ne va pas à l'encontre d'un droit ou privilège d'une classe particulière de personnes relativement aux écoles confessionnelles puisque, étant inactive, cette commission n'incarne plus l'exercice du droit à la dissidence. Il n'est, comme le dit le juge Beauregard, qu'une «question de pure intendance qui n'affecte pas dans son essence le droit à la dissidence. Il est normal que l'État, qui a le devoir de mettre de l'ordre dans l'administration des affaires publiques, ait ce pouvoir» (p. 2584). L'abolition d'une commission inactive en un temps donné n'empêche pas un exercice ultérieur du droit à la dissidence.

(3) L'exclusion des enfants d'une autre confession

La Cour d'appel a unanimement considéré que la restriction de la clientèle scolaire aux seuls membres de la confession religieuse dont se réclament les commissions dissidentes et confessionnelles ne porte pas atteinte de façon préjudiciable à un droit protégé par l'art. 93 de la Constitution.

Selon le juge Beauregard, le fait que, lors de la Confédération, une commission scolaire pouvait admettre ou refuser d'admettre un enfant d'une autre religion ne constituait pas une caractéristique essentielle du droit à la dissidence. Je partage son avis lorsqu'il dit à la p. 2585 que cette situation «n'a rien à voir avec le droit d'une minorité religieuse de se dissocier de la majorité relativement à l'enseignement dans les écoles».

Le Conseil privé dans *Hirsch*, précité, fait remarquer que la *Loi de 1861* n'est pas très claire sur la question de la fréquentation des écoles dissidentes. Le vicomte Cave dit que dans les faits, l'art. 66, que l'on peut interpréter comme permettant à toutes les écoles de recevoir des enfants de n'importe quelle foi, ne s'applique pas aux écoles dissidentes. Cela signifie alors qu'elles n'acceptent que les enfants de leur foi, ce que semble renforcer le par. 56(2). Toutefois, le vicomte Cave considère que les écoles dissidentes peuvent accepter des enfants d'une autre confession [TRADUCTION] «à

the legislature that dissentient schools "were reserved (except as a matter of favour) for children of the dissentient faith" (p. 208). Nonetheless, the constitutionally protected rights and privileges regarding attendance are not to be found in the *1861 Act* but rather in the *Upper Canada Scott Act* in accordance with s. 93(2) of the Constitution. The Privy Council in fact held that so far as attendance is concerned any doubt, if it exists, "is removed by para. 2 of s. 93 of the British North America Act, which extends to dissentient schools in Québec all the powers and privileges by law conferred on the Roman Catholic schools of Upper Canada, including the provisions of the Upper Canada Act of 1863 (26 Vict. c. 5)" (p. 208). Section 12 deals with the attendance of students:

12. The Trustees of Separate Schools may allow children from other School Sections, whose parents or lawful guardians are Roman Catholics, to be received into any Separate School under their management, at the request of such parents or guardians; and no children attending such School shall be included in the return hereafter required to be made to the Chief Superintendent of Education, unless they are Roman Catholics.

12. Les syndicis des écoles séparées pourront permettre que les enfants appartenant à d'autres arrondissements scolaires, dont les parents ou tuteurs sont catholiques romains, soient reçus dans une école séparée sous leur charge, sur la demande qui leur en sera faite par les parents ou tuteurs des dits enfants; et les enfants assistant à telle école ne seront pas compris dans le rapport qu'il est ci-dessous prescrit de faire au surintendant-en-chef de l'éducation, à moins qu'ils ne soient catholiques romains.

As this Court indicated in *G.M.P.S.B.*, *supra*, there are two stages to a constitutional analysis. Once it has been determined that a power was conferred on the separate schools in Upper Canada and it is considered, pursuant to s. 93(2), that it is to be extended to Quebec, in order to conclude that the power is constitutionally protected it is still necessary for the right or privilege to relate to denominational schools under s. 93(1). This must therefore be established. In the event of an affirmative answer, the question then is whether the legis-

titre de faveur» (p. 208). Il déduit des termes utilisés par le législateur que les écoles dissidentes [TRADUCTION] «étaient réservées (sauf à titre de faveur) aux enfants de la foi dissidente» (p. 208). Cependant, ce n'est pas dans la *Loi de 1861* que l'on peut déterminer les droits et privilèges protégés constitutionnellement relativement à la fréquentation mais plutôt dans la *Loi Scott* du Haut-Canada par le jeu du par. 93(2) de la Constitution. Le Conseil privé a en effet décidé qu'en ce qui a trait à la fréquentation, le doute, s'il existe, [TRADUCTION] «est dissipé par le par. 2 de l'art. 93 de la Loi sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, qui étend aux écoles dissidentes au Québec tous les pouvoirs et privilèges conférés par la loi aux écoles catholiques romaines du Haut-Canada, y compris les dispositions de la loi sur le Haut-Canada de 1863 (26 Vict. ch. 5)» (p. 208). Son article 12 porte sur le recrutement des élèves:

12. The Trustees of Separate Schools may allow children from other School Sections, whose parents or lawful guardians are Roman Catholics, to be received into any Separate School under their management, at the request of such parents or guardians; and no children attending such School shall be included in the return hereafter required to be made to the Chief Superintendent of Education, unless they are Roman Catholics.

12. Les syndicis des écoles séparées pourront permettre que les enfants appartenant à d'autres arrondissements scolaires, dont les parents ou tuteurs sont catholiques romains, soient reçus dans une école séparée sous leur charge, sur la demande qui leur en sera faite par les parents ou tuteurs des dits enfants; et les enfants assistant à telle école ne seront pas compris dans le rapport qu'il est ci-dessous prescrit de faire au surintendant-en-chef de l'éducation, à moins qu'ils ne soient catholiques romains.

Comme l'indique cette Cour dans *Régime pédagogique*, précité, l'analyse constitutionnelle comporte deux temps. Une fois que l'on a déterminé un pouvoir conféré aux écoles séparées du Haut-Canada et que l'on considère, en vertu du par. 93(2) qu'il doit être étendu au Québec, pour pouvoir conclure qu'il est protégé constitutionnellement encore faut-il que ce droit ou privilège soit relatif aux écoles confessionnelles selon le par. 93(1), ce qu'il faut donc établir. En cas de réponse affirmative, il faut ensuite se demander si

lation at issue prejudicially affects this power or privilege.

In applying this reasoning, the first question to be asked is what the situation was in Ontario regarding attendance. As we have seen, it has been decided that the separate schools in Ontario were reserved for Catholic children. Under s. 93(2), this limitation of the right of attendance at dissentient schools was extended to Quebec.

The mere possibility in view of the law's silence of a dissentient school accepting children from another denomination "as a matter of favour" is not in my view a denominational right or privilege *stricto sensu*. Could it nevertheless be part of what Beetz J. in *G.M.P.S.B.* regards, to use the words of McCarthy J., as a non-denominational aspect necessary to give effect to the denominational guarantees? I refer here to attendance as related to financing. However, contrary to what some may argue, the admission of children from other denominations does not seem to have been particularly advantageous for a dissentient school board. In particular, the trustees could only impose taxes on parents of the dissentient faith, as provided in ss. 55(4), 57(1), 57(5) and 58. I conclude that the admission of children of other denominations was not a necessary factor to the effectiveness of the constitutional guarantees and was not related thereto.

Section 206 of *Bill 107* is therefore valid: the legislature can so limit access to dissentient schools without infringing constitutionally protected rights.

C. Third Question

3. Does the *Education Act*, in particular ss. 122, 123, 124, 206, 519, 521 and 522, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*:

(a) by continuing the existence of the confessional school boards in their territories;

la législation examinée préjudicie à ce pouvoir ou privilège.

Pour reprendre ce raisonnement, il faut en premier lieu se demander quelle était la situation en Ontario quant à la fréquentation. Nous l'avons vu, il a été décidé que les écoles séparées en Ontario étaient réservées aux enfants catholiques. En vertu du par. 93(2), cette limitation du droit de fréquentation des écoles dissidentes est étendue au Québec.

La simple possibilité devant le silence de la loi pour une école dissidente de recevoir des enfants d'une autre confession [TRADUCTION] «à titre de faveur» ne constitue pas à mon avis un droit ou privilège confessionnel *stricto sensu*. Pourrait-elle cependant faire partie de ce que le juge Beetz dans *Régime pédagogique* considère, en reprenant les termes du juge McCarthy, comme un aspect non confessionnel nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles? J'envisage ici la fréquentation dans son rapport avec le financement. Cependant, contrairement à ce que peuvent soutenir certains, l'admission d'enfants d'autres confessions ne paraît pas avoir été particulièrement avantageuse pour une commission scolaire dissidente. Notamment, les syndicats ne pouvaient imposer des taxes qu'aux parents de la foi dissidente, comme l'indiquent les par. 55(4), 57(1), 57(5) et 58. J'estime que l'admission d'enfants d'autres confessions ne constituait pas un élément nécessaire à l'efficacité des garanties constitutionnelles et n'y était pas liée.

Par conséquent, l'art. 206 de la *Loi 107* est valide; le législateur peut, sans enfreindre des droits protégés constitutionnellement, limiter ainsi l'accès des écoles dissidentes.

C. Troisième question

3. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 122, 123, 124, 206, 519, 521 et 522, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

a) en continuant l'existence des commissions scolaires confessionnelles sur leur territoire;

- (b) by allowing the government to change these territories;
- (c) by providing for a means of transferring part of their rights and obligations to French language and English language school boards;
- (d) by restricting access to these school boards to persons who belong to the same religious denomination as that of these school boards?

Sections 122 to 124 are part of the Division entitled "Confessional and Dissident School Boards".

122. The Commission des écoles catholiques de Montréal, the Protestant School Board of Greater Montréal, the Commission des écoles catholiques de Québec and the School Board of Greater Québec shall continue to exist under this Act in their territories and under their names.

123. The Government may, by order, change the boundaries of the territory of a confessional school board.

The order shall be published in the *Gazette officielle du Québec* between 1 January and 30 June and comes into force on 1 July of the year following the year of publication.

124. Before the coming into force of an order reducing the boundaries of the territory of a confessional school board, the confessional school board and the school boards, other than confessional school boards, whose territories wholly or partly coincide with the removed portion shall apportion among themselves the rights and obligations of the confessional school board.

Before the coming into force of an order extending the boundaries of the territory of a confessional school board, the confessional school board and the school boards, other than confessional school boards, whose territories wholly or partly coincide with the added portion shall apportion among themselves the rights and obligations of these school boards other than confessional school boards.

The Minister shall rule on any dispute among the school boards concerned except disputes respecting the transfer and reassignment of employees who are members of a certified association within the meaning of the Labour Code or employees for whom a regulation of the Government made under section 451 provides a special recourse. The Minister shall ensure that his decision

- b) en permettant au gouvernement de modifier ces territoires;
- c) en prévoyant un mode de transfert d'une partie de leurs droits et obligations à des commissions scolaires francophones et anglophones;
- d) en réservant l'accès à ces commissions scolaires aux personnes de la confession religieuse dont se réclament ces commissions scolaires?

Les articles 122 à 124 font partie de la section intitulée «Commissions scolaires confessionnelles et dissidentes».

122. La Commission des écoles catholiques de Montréal, la Commission des écoles protestantes du Grand Montréal, la Commission des écoles catholiques de Québec et la Commission scolaire Greater Quebec continuent leur existence en vertu de la présente loi sur leur territoire et sous leur nom.

123. Le gouvernement peut, par décret, modifier les limites du territoire d'une commission scolaire confessionnelle.

Le décret est publié à la *Gazette officielle du Québec* entre le 1^{er} janvier et le 30 juin et entre en vigueur le 1^{er} juillet de l'année qui suit celle de cette publication.

124. Avant l'entrée en vigueur d'un décret réduisant les limites du territoire d'une commission scolaire confessionnelle, cette dernière et les commissions scolaires autres que confessionnelles dont tout ou partie du territoire recoupe la portion retranchée répartissent entre elles les droits et obligations de la commission scolaire confessionnelle.

Avant l'entrée en vigueur d'un décret étendant les limites du territoire d'une commission scolaire confessionnelle, cette dernière et les commissions scolaires autres que confessionnelles dont tout ou partie du territoire recoupe la portion ajoutée répartissent entre elles les droits et obligations de ces commissions scolaires autres que confessionnelles.

Le ministre statue sur tout différend opposant les commissions scolaires en cause, sauf les différends en matière de transfert et d'intégration d'employés membres d'une association accréditée au sens du Code du travail ou d'employés pour lesquels un règlement du gouvernement, pris en vertu de l'article 451, prévoit un recours particulier. Le ministre fait en sorte que sa déci-

does not deprive the confessional school board of the property necessary for its operation.

Section 121 applies to the transfer of ownership of immovables.

Section 206, imposing a limitation on attendance at denominational school boards, was reproduced under the preceding question.

Sections 519, 521 and 522 deal with the functions and powers of provisional councils.

519. The provisional council, in co-operation with the other provisional councils concerned, or with the confessional school boards where such is the case, shall decide as to the allocation of the rights of ownership in the immovables of the existing school boards situated in the territory of the new school board.

Registration of the transfer of ownership of immovables shall be made in accordance with the provisions of section 121.

521. The provisional council, in co-operation with the other provisional councils concerned, or with confessional school boards, where such is the case, shall decide as to the allocation of the rights, other than the rights of ownership in immovables, and obligations of the existing school boards situated wholly or partly within the territory of the new school board.

522. The provisional council, in co-operation with the other provisional councils concerned, or with confessional school boards, where such is the case, shall establish a plan of reassignment of personnel of the existing school boards to the new school boards in accordance with the terms and conditions of transfer and reassignment that are contained in the applicable collective agreements, or, in the case of personnel who are not members of a certified association, that are provided by regulation of the Government; every plan of reassignment is subject to the approval of the Minister.

This group of questions concerns the special situation of the so-called denominational or confessional school boards of the cities of Québec and Montréal.

The Court of Appeal answered subquestion 3(a) in the negative. LeBel J.A. considered that s. 122 [TRANSLATION] "contains a simple statement that the legal existence of the school boards in question

ne prive pas la commission scolaire confessionnelle des biens nécessaires à son fonctionnement.

L'article 121 s'applique au transfert de la propriété d'un immeuble.

L'article 206, établissant la limitation de la fréquentation des commissions scolaires confessionnelles, a été reproduit lors du traitement de la question précédente.

Les articles 519, 521 et 522 traitent des fonctions et pouvoirs des conseils provisoires.

519. Le conseil provisoire détermine, en collaboration avec les autres conseils provisoires intéressés et, le cas échéant, les commissions scolaires confessionnelles, la répartition des droits de propriété sur les immeubles des commissions scolaires existantes situées sur le territoire de la commission scolaire nouvelle.

L'enregistrement du transfert de propriété des immeubles se fait suivant ce qui est prévu à l'article 121.

521. Le conseil provisoire détermine, en collaboration avec les autres conseils provisoires intéressés et, le cas échéant, les commissions scolaires confessionnelles, la répartition des droits, autres que les droits de propriété sur les immeubles, et obligations des commissions scolaires existantes qui recoupent en tout ou en partie le territoire de la commission scolaire nouvelle.

522. Le conseil provisoire détermine, en collaboration avec les autres conseils provisoires intéressés et, le cas échéant, les commissions scolaires confessionnelles, un plan d'intégration du personnel des commissions scolaires existantes au sein des commissions scolaires nouvelles conformément aux normes et modalités de transfert et d'intégration contenues dans les conventions collectives applicables ou, dans le cas du personnel non membre d'une association accréditée, prévues par règlement du gouvernement; tout plan de transfert et d'intégration est soumis à l'approbation du ministre.

Ce groupe de questions porte sur la situation particulière des commissions scolaires, dites confessionnelles, des villes de Québec et de Montréal.

La Cour d'appel a répondu par la négative à la sous-question 3a). Pour le juge LeBel, l'art. 122 «comporte une simple déclaration du maintien de l'existence juridique des commissions scolaires

will continue and temporarily defines their territories. It in no way prejudicially affects constitutionally guaranteed rights" (p. 2552). On subquestion 3(b), however, the Court of Appeal was divided. LeBel J.A., writing for the minority, answered in the negative. He indicated that the alteration of territories would prejudicially affect the rights and privileges protected by the Constitution only if it reduced the territories so that they were smaller than the present municipal territories of the cities of Québec and Montréal. The majority concluded that the provisions were unconstitutional as they did not permit the immediate and effective exercise of the right to dissent in a territory once the territory of a denominational board had been subtracted from it. On this point the minority concurred in the opinion of the majority, but only for territories outside the municipal limits of Québec and Montréal. Following the judgment of the Court of Appeal, *Bill 107* was amended and now contains a supplementary provision, s. 123.1, submitted for this Court's consideration:

123.1. Where an order reduces the boundaries of the territory of a confessional school board, every French-language school board or English-language school board whose territory wholly or partly coincides with the removed portion shall, before 30 September of the year of publication of the order, draw up a list of the persons entered on its latest list of electors and of the persons entered on the latest list of electors of the confessional school board who are domiciled in the removed portion and who, if the order were effective, would be qualified electors of the school board.

The list drawn up shall be substituted for the latest list of electors referred to in sections 126 and 127 as regards the exercise of the right to dissent in the territory of the school board before 31 December of the same year.

As regards the transfer of rights and obligations contemplated by subquestion 3(c), the Court of Appeal concluded that the provisions did not infringe s. 93 of the Constitution, in particular because the rights of ownership of property and the assignment of personnel are not protected as such by the Constitution.

In the view of the Court of Appeal, subquestion 3(d) must be answered in the negative, chiefly for the same reasons as subquestion 2(c).

concernées et définit temporairement leur territoire. Elle ne porte aucune atteinte à des droits constitutionnels garantis» (p. 2552). Par contre, sur la sous-question 3b), la Cour d'appel est partagée. Le juge LeBel, écrivant pour la minorité, répond négativement. Il indique que la modification de territoire ne porterait atteinte aux droits et privilèges protégés par la Constitution que si elle réduisait le territoire en deçà du territoire municipal actuel des villes de Québec et de Montréal. La majorité conclut que les dispositions sont inconstitutionnelles car elles ne permettent pas l'exercice immédiat et effectif du droit à la dissidence dans un territoire dès la soustraction de ce territoire de celui d'une commission confessionnelle. Sur ce point, la minorité partage l'avis de la majorité mais seulement pour les territoires hors des limites municipales de Québec et de Montréal. À la suite du jugement de la Cour d'appel, la *Loi 107* a été modifiée et comporte maintenant une disposition supplémentaire, l'art. 123.1, soumis à notre examen:

123.1. Lorsque le décret réduit les limites du territoire d'une commission scolaire confessionnelle, toute commission scolaire francophone ou anglophone dont tout ou partie du territoire recoupe la portion retranchée, avant le 30 septembre de l'année de la publication du décret, une liste des personnes inscrites sur sa dernière liste électorale et des personnes inscrites sur la dernière liste électorale de la commission scolaire confessionnelle qui sont domiciliées sur la portion retranchée et qui, si le décret était en vigueur, auraient le droit de voter au bénéfice de la commission scolaire.

Cette liste se substitue à la dernière liste électorale visée dans les articles 126 et 127 pour l'exercice du droit à la dissidence sur le territoire de la commission scolaire avant le 31 décembre de la même année.

Pour ce qui est du transfert des droits et obligations, envisagé par la sous-question 3c), la Cour d'appel a conclu que les dispositions ne violaient pas l'art. 93 de la Constitution, notamment parce que les droits de propriété des biens et l'affectation du personnel ne sont pas constitutionnalisés.

La sous-question 3d) doit recevoir une réponse négative, selon la Cour d'appel, principalement pour les mêmes motifs que la sous-question 2c).

The Fédération des commissions scolaires du Québec took a position on subquestions (b) and (c). In its submission, *Bill 107* prejudicially affects the rights and privileges protected by s. 93 of the Constitution because it contains no limitation on the government's power to reduce the territory of the denominational school boards of Montréal and Québec. Further, it alleges that the mechanism for transferring rights and obligations from a denominational school board to a non-denominational school board adversely affects constitutionally guaranteed rights by placing denominational school boards at the mercy of an arbitrary decision by the Minister of Education without restraining the exercise of this power.

The Montreal Catholic School Commission contends that the existence of a legal structure responsible for administering denominational schools is a fundamental right guaranteed by the Constitution to a class of persons, and so cannot be abolished.

This appellant is also afraid that the territory of the protected class of persons be restricted to the municipal limits of the city of Montréal.

The Montreal Catholic School Commission submits that ownership of school immovable property and other assets is a non-denominational aspect of the protected rights which is necessary in order to give effect to the denominational guarantees, and that the appropriation or expropriation without compensation of property acquired by denominational school boards over the years prejudicially affects their constitutional rights. It further notes that *Bill 107* offers no guarantee that denominational boards will be treated proportionately and on an equal footing with linguistic boards.

This appellant in dealing with the question on limitation of attendance in Québec and Montréal also examines subquestion 2(c). In general it argues that *Bill 107*, by preventing dissentient school boards and denominational school boards

La Fédération des commissions scolaires du Québec prend position sur les sous-questions b) et c). Pour elle, la *Loi 107* porte préjudice aux droits et privilèges protégés par l'art. 93 de la Constitution parce qu'elle ne prévoit aucune limitation au pouvoir gouvernemental de réduire le territoire des commissions scolaires confessionnelles de Montréal et de Québec. De plus, elle allègue que le mécanisme de transfert des droits et obligations d'une commission scolaire confessionnelle à une commission scolaire non confessionnelle préjudicie aux droits garantis constitutionnellement en mettant les commissions scolaires confessionnelles à la merci d'une décision arbitraire du ministre de l'Éducation sans encadrer l'exercice de ce pouvoir.

La Commission des écoles catholiques de Montréal soutient que l'existence d'une structure juridique chargée de gérer les écoles confessionnelles constitue un droit fondamental, garanti par la Constitution à l'endroit d'une classe de personnes et, par conséquent, ne peut être aboli.

Cette appelante craint également la réduction du territoire de la classe de personnes protégée en deçà des limites municipales de la Cité de Montréal.

La Commission des écoles catholiques de Montréal soumet que la propriété des immeubles scolaires et autres biens est un aspect non confessionnel des droits protégés qui s'avère nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles et que l'appropriation ou l'expropriation sans compensation des biens acquis au cours des ans par les commissions scolaires confessionnelles est une atteinte préjudiciable à leurs droits constitutionnels. En outre, elle remarque que la *Loi 107* n'offre aucune garantie à l'effet que les commissions confessionnelles seront traitées proportionnellement et sur un pied d'égalité avec les commissions linguistiques.

Cette appelante profite de la question relative à la limitation de fréquentation à Québec et à Montréal pour examiner en même temps la sous-question 2c). Globalement, elle prétend que la *Loi 107*, en empêchant les commissions scolaires dissi-

from admitting all children, prevents Catholic schools from accomplishing their purposes.

(1) Continuation of Existence of Denominational Boards

At issue here are the school boards of Québec and Montréal, where, as I have already said, a special situation exists which the framers chose to protect. I cannot subscribe to the view of Beauregard J.A. of the Court of Appeal, who preferred to think that the framers intended to provide protection for the right of dissent as such and nothing more, whatever the area of the provincial territory concerned (at p. 2575):

[TRANSLATION] Despite a certain construction that may be placed on *Hirsch*, *supra*, and *A.G. of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, it is hard to believe that s. 93(1) gives specific constitutional rights to the inhabitants of the cities of Québec and Montréal and different constitutional rights to the inhabitants of the rest of the province. It seems clear that what s. 93(1) protects is the right to dissent throughout the province, and that this right shall be exercised through dissentient boards, or even better, through denominational boards as was the case in Québec and Montréal before Confederation In other words, the inhabitants of the cities of Québec and Montréal also enjoyed the right to dissent, but that right was exercised by the establishment of denominational schools in those two cities.

As I indicated earlier, Quebeckers are entitled to denominational schools if they live outside Québec and Montréal and are a religious minority or if they are Catholics and Protestants living in Québec or Montréal. All provincial legislation on education since 1867 has had to so provide, failing which it is constitutionally invalid.

The legislation before the Court meets this requirement and the answer to the first subquestion must accordingly be negative.

denes et les commissions confessionnelles de recevoir tous les enfants, empêche les écoles catholiques d'accomplir leurs objectifs.

(1) La continuation de l'existence des commissions confessionnelles

Il s'agit ici des commissions scolaires de Québec et de Montréal, où je l'ai déjà dit, prévaut une situation particulière que le Constituant a choisi de protéger. Je ne peux souscrire à l'opinion du juge Beauregard, de la Cour d'appel, qui préfère considérer que le Constituant a voulu accorder une protection au droit de dissidence en lui-même et sans plus, quelle que soit la zone du territoire provincial concernée (à la p. 2575):

Malgré une certaine interprétation qu'on peut faire de l'arrêt *Hirsch*, cité plus haut, et de l'arrêt *P.G. du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, il est difficile de se persuader que le paragraphe 1 de l'article 93 accorde des droits constitutionnels précis aux habitants des villes de Québec et de Montréal et des droits constitutionnels différents aux habitants du reste de la province. Il paraît manifeste que ce que le paragraphe 1 de l'article 93 protège, c'est le droit à la dissidence partout dans la province, que ce droit soit exercé par le mécanisme de commissions dissidentes ou, encore mieux, par le mécanisme de commissions confessionnelles, comme ce fut le cas dans les villes de Québec et de Montréal avant la Confédération [. . .] En d'autres mots les habitants des villes de Québec et de Montréal jouissaient eux aussi du droit à la dissidence mais l'exercice de ce droit avait été fait par l'instauration d'écoles confessionnelles dans ces deux villes.

Comme je l'ai précédemment indiqué, les québécois ont droit à une école confessionnelle s'ils sont hors Québec et Montréal et de foi minoritaire ou s'ils sont catholiques ou protestants et habitent Québec ou Montréal. Toute législation provinciale en matière d'éducation, depuis 1867, doit respecter cette règle sous peine d'invalidité constitutionnelle.

La législation qui nous est soumise respecte cette exigence et, par conséquent, la réponse à la première sous-question doit être négative.

(2) Territorial Changes

As the protection provided by the framers of the Constitution takes a special form in the two major urban centres, the question arises as to where it applies. To determine this, the territorial boundaries must be defined.

It will be recalled that formerly s. 30 of the 1861 Act recognized that the government could alter territories since

the Governor in Council may, from time to time, alter the limits of existing School Municipalities, subdivide the same, or establish new ones, of all which public notice shall be given

It will be noted that no distinction is made as to areas of the territory of Quebec. This means that this power may also be exercised in Québec and Montréal, where the 1861 Act indicates the school territory. On reading the language used in s. 128, it deals with municipalities, "cities". In his article "L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec", *supra*, at p. 449, Professor Pépin observes:

[TRANSLATION] From 1867 to the present day, the territorial boundaries of these two school municipalities [Québec and Montréal] have been changed by means of dismemberment (annexations, mergers, new municipalities);

Bill 3, which was the subject of a judicial challenge in 1985, limited the Catholic and Protestant denominational school boards of Montréal and Québec to the territories they had in 1867, namely those covered by the two cities at the time. The legislature at that time appeared to consider that the rights and privileges protected by s. 93 of the Constitution, guaranteed to the inhabitants of Québec and Montréal, could only be so guaranteed for persons residing within the limits of the cities at the time of the Union. Brossard J. found the provisions proposed by the legislature in this regard less than reasonable and properly concluded, at p. 68 D.L.R.:

[TRANSLATION] The court considers that the legal territorial limits of the Cities of Montreal and Quebec,

(2) Les modifications de territoire

Comme la protection accordée par le Constituant présente des particularités dans les deux grands centres urbains, il est nécessaire de déterminer où elle s'applique. Pour cela, il faut cerner les limites territoriales.

Auparavant, je veux rappeler que l'art. 30 de la Loi de 1861 admettait que le gouvernement puisse modifier les territoires puisque

le gouverneur en conseil pourra, de temps à autre, changer les limites des municipalités existantes pour les fins des écoles, les subdiviser, ou en établir de nouvelles, ce dont il sera donné avis public

Remarquons qu'il n'est pas fait de distinction selon les zones du territoire québécois. C'est dire que ce pouvoir peut aussi être exercé à Québec et à Montréal dont la Loi de 1861 indique le territoire scolaire. À la lecture des termes utilisés à l'art. 128, il s'agit de celui des municipalités, des «cités». Le professeur Pépin observe, dans son article «L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec», *loc. cit.*, à la p. 449:

De 1867 à nos jours, les limites territoriales de ces deux municipalités scolaires [Québec et Montréal] ont été changées par suite de démembrements (annexions, fusions, municipalités nouvelles);

La Loi 3, objet d'une contestation judiciaire en 1985, confinait les commissions scolaires confessionnelles catholiques et protestantes de Montréal et de Québec aux territoires qu'elles occupaient en 1867, soit ceux que couvraient les deux cités à l'époque. Le législateur semblait alors considérer que les droits et privilèges protégés par l'art. 93 de la Constitution, garantis aux habitants de Québec et de Montréal, ne pouvaient l'être qu'aux personnes résidant dans les limites des villes au moment de l'Union. Le juge Brossard trouve les dispositions proposées par le législateur sur ce sujet peu raisonnables et estime à juste titre, à la p. 894:

Le Tribunal considère que les limites territoriales juridiques des villes de Montréal et de Québec, quelle que

whatever their evolution over time, effectively constitute the only natural, objective and logical border which can be recognized for the "classes of persons" referred to in s. 93. [Emphasis added.]

Both the letter and the spirit of the *1861 Act* indicate that the words "Cities of Quebec and Montreal" refer not so much to territories defined by a given area as to administrative and legal institutions.

In her article "La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles: quelques considérations" (1990), 31 *C. de D.* 261, Sonia Pratte is of the view, at p. 269, that

[TRANSLATION] Pre-Confederation legislation establishes a correlation between the municipal and school corporations of Montréal and Québec. It is reflected in the special provisions for financing, taxation and appointment of commissioners. Under s. 129 of the Act, each of the cities of Québec and Montréal was in principle regarded as a single municipality, but if school districts were to be established this implied that it would be on the same territory.

Reference may also be made regarding financing to s. 131, which very clearly confers the power on the municipal political corporations:

131. In the Cities of Quebec and Montreal, no rate shall be imposed for the purposes of Common Schools, but the City Treasurer of each of the said Cities shall, out of the moneys in his hands forming part of the funds of the Corporation of such City . . . pay to the respective Boards of School Commissioners of such City . . . [Emphasis added.]

In *Hirsch, supra*, the Privy Council did not rule on the question of the territorial base but simply noted, at p. 213, that an eventual annexation should not prejudicially affect constitutionally protected classes of person:

It appears that the boundaries of the cities of Montreal and Quebec have since the Union been extended, and that the Roman Catholic and Protestant Boards of Commissioners have carried their operations into the added areas. The Supreme Court refrained from pronouncing

soit leur évolution dans le temps, constituent effectivement les seules frontières naturelles, objectives et logiques où l'on peut reconnaître les «classes de personnes» visées à l'article 93. [Je souligne.]

En effet, la lecture et l'esprit de la *Loi de 1861* indiquent que les termes «cités de Québec et de Montréal» ne désignent pas tant des zones territoriales définies par une superficie donnée que des structures administratives et juridiques.

Sonia Pratte dans son article «La nouvelle *Loi sur l'instruction publique* et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles: quelques considérations» (1990), 31 *C. de D.* 261, considère, à la p. 269, que

la législation préconfédérative établit une corrélation entre les corporations municipales et scolaires de Montréal et de Québec. Celle-ci se retrouve à travers les modalités particulières en matière de financement, de fiscalité et de nomination des commissaires. Selon l'article 129 de cette loi, chacune des cités de Québec et de Montréal était en principe considérée comme une seule municipalité, mais si l'on devait établir des arrondissements d'école cela impliquait que ce soit sur ce même territoire.

L'on peut citer également l'art. 131, en matière de financement, qui attribue très clairement un pouvoir aux corporations politiques municipales:

131. Il ne sera pas imposé de taxe dans les cités de Québec et de Montréal pour les fins des écoles communes; mais le trésorier de la cité de chacune des dites cités sera tenu, sur et à même les deniers de sa caisse, formant partie des fonds de la corporation de la cité [. . .] de payer aux bureaux respectifs des commissaires d'école de telle cité . . . [Je souligne.]

Le Conseil privé dans *Hirsch*, précité, ne s'est pas prononcé sur la question de l'assiette territoriale mais a simplement fait remarquer, à la p. 213, qu'une éventuelle annexion ne devait pas préjudicier aux classes de personnes protégées constitutionnellement:

[TRADUCTION] Il ressort que, après l'Union, les limites des villes de Montréal et de Québec ont été étendues et que les commissions scolaires catholiques romaines et protestantes ont administré ces zones additionnelles. La Cour suprême a refusé de se prononcer sur l'effet d'une

an opinion as to the effect of any such annexation on school rights in the annexed territories, and their Lordships accordingly do not deal with that question; but it is clear that no post-Union annexation of territory could deprive any class of person of the protection afforded to them by s. 93 of the Act of 1867.

I fully concur in the view of LeBel J.A., who considered at p. 2551 that:

[TRANSLATION] . . . the only thesis that provides the necessary coherence for a rational application of the s. 93 guarantees is that set out by Brossard J. in his 1985 judgment. Before Confederation Montréal and Québec were regarded by the legislature as separate communities. Their mixture of peoples, the variety of languages and religions, their demographic density, made them separate communities where different legislative solutions were necessary. We can assume that the legislature knew that municipal institutions must evolve in an expanding country such as Canada was at that time. The procedures for altering institutions and territories were known. The intention was to protect rights within the legal entities represented by the cities of Québec and Montréal, as they would develop and evolve. [Emphasis added.]

The territorial basis of the protected school rights coincides with the municipal boundaries of the two major cities. If the latter are altered, the basis of the right is as well.

Any territorial alteration involves considering two alternatives: increasing or decreasing the territory. In the case of annexation it suffices to refer to the remarks of Viscount Cave (*Hirsch, supra*, at p. 213), already quoted: “. . . it is clear that no post-Union annexation of territory could deprive any class of person of the protection afforded to them by s. 93 of the Act of 1867”. In the other situation, the government could theoretically reduce a denominational board’s territory to nothing, or almost nothing. To the extent that the power given to the government prejudicially affects the privileges protected by s. 93 of the Constitution, by reducing a territory so that it is smaller than the municipal boundaries of Québec or Montréal and thus doing away with the denominational school boards in that territory, in general the dissentient regime that would be established would not

telle annexion sur les droits scolaires dans les territoires annexés, et en conséquence, leurs seigneuries n’examinent pas cette question; toutefois, il est clair qu’aucune annexion de territoire postérieure à l’Union ne pourrait priver une classe de personnes de la protection que lui confère l’art. 93 de la Loi de 1867.

Je souscris tout à fait à l’opinion du juge LeBel à la p. 2551 pour qui:

. . . la seule thèse qui offre la cohérence nécessaire pour une application rationnelle des garanties de l’article 93, est celle qu’exposait M. le juge Brossard dans son jugement de 1985. Montréal et Québec, dès avant la Confédération, constituaient, pour le législateur, des communautés distinctes. Par le mélange des populations, la diversité des langues et des religions, la densité démographique, elles formaient des milieux différents où des solutions législatives distinctes étaient nécessaires. L’on peut présumer que le législateur savait que des institutions municipales sont appelées à évoluer dans un pays en expansion, comme l’était alors le Canada. Les procédures de modifications des structures et des territoires étaient connues. On a voulu protéger des droits à l’intérieur de l’entité juridique que constituaient les villes de Québec et Montréal, telles qu’elles se développeraient et évolueraient. [Je souligne.]

L’assiette territoriale des droits scolaires protégés coïncide avec les limites municipales des deux grandes villes. Si celles-ci sont modifiées, l’assiette du droit l’est également.

Qui dit modification de territoire oblige à envisager deux alternatives: augmentation ou diminution du territoire. En cas d’annexion, il suffit de s’en rapporter aux propos du vicomte Cave (*Hirsch, précité*, à la p. 213), déjà cités: [TRANSLATION] «. . . il est clair qu’aucune annexion de territoire postérieure à l’Union ne pourrait priver une classe de personnes de la protection que lui confère l’art. 93 de la Loi de 1867». Dans l’autre situation, le gouvernement pourrait à la limite réduire à rien ou presque le territoire d’une commission confessionnelle. Dans la mesure où le pouvoir accordé au gouvernement porterait préjudice aux privilèges protégés par l’art. 93 de la Constitution en réduisant un territoire en deçà des limites municipales de Québec ou Montréal et en écartant ainsi les commissions scolaires confessionnelles de ce territoire, de façon générale le régime dissident qui

replace the rights conferred on Catholics and Protestants from the outset. On this point, I essentially agree with LeBel J.A. As he notes at p. 2553, the power is still subject to observance of the constitutional guarantees:

[TRANSLATION] Only an alteration reducing the territory of the denominational school board, but establishing another having the same rights and powers, would not prejudicially affect the rights of a class of persons with constitutional guarantees. Outside the municipal territory, on the other hand, these restrictions would be in keeping with s. 93, provided the general provisions on the exercise of denominational dissent comply with the s. 93 guarantees

The new provisions authorizing the government to alter the territories of the confessional school boards are valid to the extent that they do not reduce the limits to be less than those of the municipal corporations of Québec and Montréal or provided the changes do not prejudicially affect the constitutional rights and privileges of Catholics and Protestants residing in the territory of either municipality. Such a reduction of territory beyond these municipal boundaries could thus not take place unless the territory thus separated is served by a confessional school board offering the same rights and privileges.

(3) Transfer of Rights and Obligations

This question concerns the transfer of the property of the confessional boards to the linguistic boards. I note that in *G.M.P.S.B.*, *supra*, this Court has already held that rights of ownership, powers to hire staff and powers to use material resources are incidental rights that are only protected to the extent that they are necessary to preserve the denominational character of education. As *Bill 107*, and in particular s. 533, provides that confessional boards will have everything required for their operation, there is no unfair treatment. What I said about dissentient schools in this connection also applies here.

s'instaurerait ne remplacerait pas les droits accordés d'emblée aux catholiques et aux protestants. Sur ce point, je suis d'accord pour l'essentiel avec le juge LeBel. En effet, comme il le souligne à la p. 2553, le pouvoir reste subordonné au respect des garanties constitutionnelles:

Seule une modification réduisant le territoire de la commission scolaire confessionnelle, mais pour en établir une autre pourvue des mêmes droits et pouvoirs, ne serait pas une atteinte préjudiciable aux droits d'une classe de personnes garanties. Par contre au-delà du territoire municipal, ces restrictions seraient conformes à l'article 93, pourvu que les dispositions générales relatives à l'exercice de la dissidence confessionnelle respectent les garanties de l'article 93

Les nouvelles dispositions permettant au gouvernement de modifier les territoires des commissions scolaires confessionnelles sont valides dans la mesure où il n'en réduit pas les limites en deçà de celles des corporations municipales de Québec et de Montréal ou à condition que les modifications ne portent pas atteinte aux droits et privilèges constitutionnels des catholiques et des protestants résidant sur le territoire de l'une ou l'autre municipalité. Ainsi, une telle réduction de territoire en deçà de ces limites municipales ne saurait se faire à moins que le territoire ainsi détaché ne soit desservi par une commission scolaire confessionnelle offrant les mêmes droits et privilèges.

(3) Le transfert des droits et obligations

Cette question concerne le transfert des patrimoines des commissions confessionnelles aux commissions linguistiques. Je rappelle que cette Cour a déjà déclaré dans *Régime pédagogique*, précité, que les droits de propriété, les pouvoirs d'engagement du personnel et ceux d'utilisation des ressources matérielles sont des droits accessoires qui ne sont protégés que dans la mesure où ils s'avèrent nécessaires pour préserver la confessionnalité de l'enseignement. La *Loi 107*, et en particulier l'art. 533, prévoyant que les commissions confessionnelles auront tout ce qui est nécessaire à leur fonctionnement, il n'y a pas de traitement injuste. Ce que j'ai dit à ce sujet à l'égard des écoles dissidentes trouve également son application ici.

(4) Limitation on Attendance

Section 206 of *Bill 107* has already been discussed in answer to the preceding constitutional question. However, it must now be analysed in the specific context of Québec and Montréal. In those two cities, it will be recalled that under the *1861 Act* the schools are both common and denominational (ss. 27, 128, 130 and 131). This means that, whether Roman Catholic or Protestant, the school must accept children from another denomination than its own. This is what Anglin C.J. noted in *Hirsch, supra*, at p. 258:

As already pointed out, in 1867, only common schools were provided for in the cities of Montreal and Quebec . . . It follows that in the city of Montreal every child between the ages of five and sixteen years resident within the municipality retained after 1867 the right conferred by the Act of 1861 to attend any school under the control of the Commissioners, whether Catholic or Protestant; and the correlative obligation to receive and provide for them incumbent upon both bodies of Commissioners likewise remained unimpaired. [Emphasis added.]

The question that arises is the following: is the right enjoyed by Catholics and Protestants, namely the particular classes of persons in the two cities, to admit children of any denomination to their schools a right "with respect to Denominational Schools"?

The Montreal Catholic School Commission argued that the admission of students from denominations other than the Catholic faith allows Catholics to accomplish their purposes. Even if this were so, it would not provide an answer as to the extent of the rights pertaining to denominational schools under the legislation in force in 1867.

As we have seen, the rights of a class of persons comprising a dissentient minority outside Québec and Montréal are to have denominational schools under its control for the education of its children. They do not include the denominational right or privilege of admitting children of other faiths. The special arrangements for Québec and Montréal

(4) La limitation de la fréquentation

L'article 206 de la *Loi 107* a déjà été traité en réponse à la question constitutionnelle précédente. Toutefois, il s'agit de l'analyser maintenant dans le cadre particulier de Québec et de Montréal. Dans les deux villes, on se souvient qu'en vertu de la *Loi de 1861*, les écoles sont à la fois communes et confessionnelles (art. 27, 128, 130 et 131). Cela signifie que, qu'elle soit de confession catholique romaine ou protestante, l'école est tenue d'accepter des enfants d'une autre confession que la sienne. C'est ce que le juge en chef Anglin rappelle dans *Hirsch*, précité, à la p. 258:

[TRADUCTION] Comme il a été mentionné précédemment, en 1867, seules des écoles communes étaient prévues pour les villes de Montréal et de Québec; [. . .] Il en découle que, à Montréal, tout enfant âgé de cinq à seize ans qui réside dans cette ville a conservé après 1867 le droit que lui confère la Loi de 1861 de fréquenter toute école contrôlée par les commissaires, catholiques ou protestants; et, de même, les deux commissions scolaires sont toujours assujetties à l'obligation correspondante de recevoir ces élèves et de prendre soin d'eux. [Je souligne.]

La question qui se pose est la suivante: est-ce que le droit qu'avaient les catholiques et les protestants, c'est-à-dire les classes particulières de personnes des deux villes de recevoir les enfants de n'importe quelle confession dans leurs écoles en est un «relatif aux écoles confessionnelles»?

La Commission des écoles catholiques de Montréal prétend que l'admission d'élèves d'autres croyances que la foi catholique permet aux catholiques d'accomplir leurs objectifs. Même s'il en était ainsi, ceci ne permettrait pas de décider de la portée des droits relatifs à la confessionnalité des écoles selon les lois en vigueur en 1867.

Comme nous l'avons vu, les droits reconnus à la classe de personnes formant une minorité dissidente à l'extérieur de Québec et de Montréal sont d'avoir des écoles confessionnelles sous son contrôle pour y faire instruire leurs enfants. Ils ne comportent pas de droit ou privilège confessionnel d'admettre des enfants d'autres croyances. Le

leave aside the requirement of dissent but do not, to my mind, broaden the object of the denominational privilege. The common school status of the denominational schools in Québec and Montréal responded to the varied demography of these cities and allowed them to fulfil the function of the common schools elsewhere of providing access to schooling for all sectors of the population. Essentially, we are dealing with access to a service which was not related to the rights of a class of persons. Likewise, access to common schools elsewhere was not so related.

The provisions governing school financing lead to the same conclusion. Attendance and financing are closely linked, and moreover, financing is part of what relates to denominational schools. In the cities of Québec and Montréal, under the *1861 Act*, the taxing power belonged to the municipal corporations and the amount allocated to the respective boards of school commissioners is allocated “in proportion to the population of the religious persuasion represented by such Boards” (s. 131). (Emphasis added.) There is no question here of the religious persuasion of students. Accordingly, it cannot be concluded that the more students there were in a given board, the greater the financing was.

Moreover, in *Hirsch, supra*, this Court and the Privy Council established that the Quebec government could create neutral school boards or boards for other denominations. This Court unanimously answered “Yes” to the question “Can the provincial legislature pass legislation to establish separate schools for persons who are neither Catholics nor Protestants?”.

Viscount Cave stated at pp. 215-16: “It appears to their Lordships that it would be possible to frame legislation for establishing separate schools for non-Christians without infringing the rights of the two Christian communities in their denominational schools”.

régime particulier à Québec et Montréal écarte l'exigence d'une dissidence mais elle n'élargit pas à mon sens l'objet du privilège confessionnel. Le caractère d'école commune des écoles confessionnelles de Québec et Montréal répondait plutôt à l'état démographique plus varié de ces villes et leur permettait de remplir la fonction de l'école commune des autres régions pour permettre l'accès à l'école de tous les éléments de la population. Il s'agissait donc d'un accès à un service qui n'était pas lié à un droit d'une classe de personnes à des écoles de sa confession, non plus qu'il ne l'était pour les écoles communes ailleurs.

L'analyse des dispositions touchant le financement des écoles conduit à la même conclusion. Fréquentation et financement sont intimement liés et, de surcroît, le financement fait partie de ce qui est relatif aux écoles confessionnelles. Dans les villes de Québec et de Montréal, en vertu de la *Loi de 1861*, le pouvoir de taxation appartenait aux corporations municipales et le montant attribué aux bureaux respectifs des commissaires d'école l'est «proportionnellement au chiffre de la population de la croyance religieuse représentée par les dits bureaux» (art. 131). (Je souligne.) Il n'est pas question ici de la croyance religieuse des écoliers. On ne peut donc pas déduire que plus il y avait d'enfants dans une commission donnée, plus substantiel était le financement.

De plus, à l'occasion de *Hirsch*, précité, cette Cour et le Conseil privé ont établi que le gouvernement québécois pouvait créer des commissions scolaires neutres ou d'autres confessions. À la question «La Législature a-t-elle le pouvoir d'édicter une loi pourvoyant à l'établissement d'écoles séparées pour ceux qui ne sont ni catholiques ni protestants?», cette Cour a répondu unanimement «oui».

Quant au vicomte Cave, il affirme, aux pp. 215 et 216: [TRADUCTION] «Leurs Seigneuries sont d'avis qu'il serait possible de légiférer pour créer des écoles séparées pour les non-chrétiens sans porter atteinte aux droits des deux communautés chrétiennes à leurs écoles confessionnelles».

There can therefore be no constitutional guarantee of financing based on a given attendance.

The Montreal Catholic School Commission and the Quebec Association of Protestant School Boards pointed to the inconsistency between *Bill 107* and the *School Elections Act*, by which the right to vote and eligibility for positions as commissioners are conferred on everyone, regardless of religion. The combined effect of the two statutes, they submitted, is to prevent the children of certain electors from being admitted to denominational schools.

The third constitutional question submitted to this Court focuses on the continuation of the existing institutions, and not their characteristics or elements. As Beauregard J.A. pointed out (at p. 2587):

[TRANSLATION] ... it should be noted that the government is not seeking the Court's opinion on whether the system of denominational boards in Québec and Montréal, as it exists at the present time, complies with the provisions of s. 93(1) and (2), and so no opinion is expressed in this regard. In particular, no opinion is expressed on the question of whether the fact the right to vote and the right to be eligible for positions as commissioners are conferred on everyone, regardless of religion, is consistent with the right to dissent under s. 93(1) and (2). [Emphasis added.]

This Court also has no need to consider the point.

In conclusion, the right to denominational education conferred on the inhabitants of Québec and Montréal and protected by s. 93 of the Constitution in my opinion is not infringed or even altered by the limitation on attendance at denominational school boards contained in s. 206 of *Bill 107*.

D. Fourth Question

4. Does the *Education Act*, in particular ss. 423, 424, 425, 428 and 439, prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* in that:

Il ne peut donc y avoir de garantie constitutionnelle à un financement basé sur une fréquentation donnée.

La Commission des écoles catholiques de Montréal ainsi que l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec ont pointé l'incompatibilité entre la *Loi 107* et la *Loi sur les élections scolaires* par laquelle le cens électoral et le cens d'éligibilité pour les postes de commissaires sont conférés à tous, sans égard à la religion. L'effet combiné des deux lois empêcherait les enfants de certains électeurs d'être admis dans les écoles confessionnelles.

La troisième question constitutionnelle soumise à cette Cour est axée sur la continuation des structures actuelles et non sur leurs caractéristiques, leurs composantes. Comme le fait remarquer le juge Beauregard, à la p. 2587:

... il faut noter que le gouvernement ne recherche pas l'opinion de la Cour sur la question de savoir si le système des commissions confessionnelles de Québec et de Montréal, tel qu'il existe à l'heure actuelle, respecte les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 93 et, en conséquence, aucune opinion n'est exprimée à cet égard. En particulier aucune opinion n'est exprimée sur la question de savoir si le fait que le cens électoral et le cens d'éligibilité pour les postes de commissaires sont conférés à tous, indépendamment de la religion, respecte le droit à la dissidence des paragraphes 1 et 2 de l'article 93. [Je souligne.]

Il ne nous appartient pas non plus de traiter de cette question.

En conclusion, le droit à l'enseignement confessionnel accordé aux habitants de Québec et de Montréal et protégé par l'art. 93 de la Constitution n'est pas enfreint ni même modifié, à mon avis, par la limitation de la fréquentation des commissions scolaires confessionnelles prévue à l'art. 206 de la *Loi 107*.

D. Quatrième question

4. La *Loi sur l'instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 423, 424, 425, 428 et 439, affecte-t-elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait:

- (a) it gives the Conseil scolaire de l'île de Montréal the power to borrow money on behalf of all school boards on the island of Montréal;
- (b) it authorizes the Conseil scolaire to establish rules for apportioning the proceeds of the tax it collects on behalf of these school boards?
- a) qu'elle confie au Conseil scolaire de l'île de Montréal le pouvoir d'emprunter pour le compte de toutes les commissions scolaires de l'île de Montréal;
- b) qu'elle autorise le Conseil scolaire à établir des règles de répartition du produit de la taxe qu'il perçoit pour le compte de ces commissions scolaires?

The sections concerned in this question, which deals exclusively with the Conseil scolaire de l'île de Montréal, are the following:

423. Only the Council may, with the authorization of the Minister and on the conditions he determines, borrow money by any legal means for its purposes and the purposes of school boards on the island of Montréal.

Sections 288 to 290, adapted as required, apply to the Council.

424. The funds required for the amortization of the principal and the payment of interest on the bonds or other evidences of indebtedness or securities issued by the Council from 1 July 1989 shall be derived from the general revenue of the Council and of the school boards on the island of Montréal.

The funds required for the amortization of the principal and the payment of interest on the bonds or other evidences of indebtedness or securities forming part of the bonded debt of the Council on 30 June 1989 shall be derived from the general revenue of the Council and of the school boards on the island of Montréal.

425. The bonds or other evidences of indebtedness or securities issued by the Council from 1 July 1989 constitute a direct, general and unconditional undertaking of the Council and of the school boards on the island of Montréal and rank *pari passu* with all other undertakings of the Council and of the school boards on the island of Montréal in respect of loans of money not secured by hypothec or other encumbrance.

The same applies to those bonds or other evidences of indebtedness or securities forming part of the bonded debt of the Council on 30 June 1989.

428. The Council shall receive government subsidies, which have not been transferred as loan securities, relating to the bonds or other evidences of indebtedness or securities forming part of any bonded debt contracted for its purposes and those of the school boards on the island of Montréal.

Les articles visés par cette question qui porte exclusivement sur le Conseil scolaire de l'île de Montréal sont les suivants:

423. Seul le Conseil peut, avec l'autorisation du ministre et selon les conditions qu'il détermine, emprunter par tout mode reconnu par la loi pour ses fins et celles des commissions scolaires de l'île de Montréal.

Les articles 288 à 290 s'appliquent au Conseil, compte tenu des adaptations nécessaires.

424. Les fonds requis pour l'amortissement du capital et le paiement des intérêts des obligations, autres titres ou valeurs émis à compter du 1^{er} juillet 1989 par le Conseil proviennent des revenus généraux du Conseil et des commissions scolaires de l'île de Montréal.

Les fonds requis pour l'amortissement du capital et le paiement des intérêts des obligations, autres titres ou valeurs qui font partie de la dette du Conseil le 30 juin 1989 proviennent des revenus généraux du Conseil et des commissions scolaires de l'île de Montréal.

425. Les obligations, autres titres ou valeurs émis par le Conseil à compter du 1^{er} juillet 1989 constituent un engagement direct, général ou inconditionnel du Conseil et des commissions scolaires de l'île de Montréal et sont de rang égal avec tous les autres engagements du Conseil et des commissions scolaires de l'île de Montréal relatifs à des emprunts non garantis par hypothèque ou autre charge.

Il en est de même des obligations, autres titres ou valeurs qui font partie de la dette du Conseil le 30 juin 1989.

428. Le Conseil reçoit les subventions gouvernementales, qui n'ont pas été transportées en garantie d'emprunt, afférentes aux obligations, autres titres ou valeurs qui font partie de la dette qu'il a contractée pour ses fins et celles des commissions scolaires de l'île de Montréal.

439. The Council shall, for each school year, apportion the proceeds of the school tax and investment income from all or part of those proceeds according to the following rules:

(1) each school board on the island of Montréal shall receive, not later than 3 January each year, the amount it has required, up to an amount equal to the lesser of the limits determined pursuant to section 308, as if the school tax were levied by the school board itself;

(2) the remainder, after deducting the amount determined by resolution of the Council for its purposes, shall be apportioned among the school boards to ensure the upgrading of education in economically disadvantaged areas of those school boards, at such periods and according to such allocation rules as established by resolution of the Council.

Within 60 days from the adoption by the Council of any such resolution contemplated in subparagraph 2 of the first paragraph, a school board may, by way of a resolution submitted to the Minister, oppose the resolution of the Council. The Minister shall rule on any dispute so submitted to him; for this purpose, he may modify the amount determined by the Council for its purposes or change the periods for remittance or the allocation rules of the Council.

The remainder referred to in subparagraph 2 of the first paragraph must be apportioned in a fair and equitable manner.

The new Act provides for the continued existence of the body, the Conseil scolaire de l'île de Montréal, created in 1972 by the *Act to promote school development on the island of Montreal*. The fourth constitutional question relates to the exclusive allocation of borrowing power to the Conseil. A school board cannot borrow directly: it is the Conseil which obtains and administers loans. This constitutional question also concerns the power given to the Conseil to establish rules for allocating the tax it levies on behalf of school boards.

The Court of Appeal unanimously answered the first subquestion in the affirmative. In *LeBel J.A.*'s view, since the pre-Confederation legislation gave dissentients the right not to pay the cost of operating common schools, [TRANSLATION] "[t]he very

439. Le Conseil répartit, pour chaque année scolaire, le produit de la taxe scolaire et les revenus de placement de tout ou partie de ce produit selon les règles suivantes:

1° chaque commission scolaire de l'île de Montréal reçoit au plus tard le 3 janvier de chaque année le montant qu'elle a demandé jusqu'à concurrence d'un montant équivalent à la moins élevée des limites déterminées en appliquant l'article 308 comme si la commission scolaire avait imposé elle-même la taxe scolaire;

2° le solde, déduction faite du montant que le Conseil détermine, par résolution, pour ses besoins, est réparti entre les commissions scolaires pour assurer le rattrapage en matière d'éducation dans les milieux défavorisés de ces commissions scolaires, aux époques et selon les règles de répartition indiquées dans une résolution du Conseil.

Dans les 60 jours de l'adoption par le Conseil d'une résolution visée au paragraphe 2° du premier alinéa, une commission scolaire peut, par résolution, soumettre au ministre qu'elle s'oppose à la résolution du Conseil. Le ministre statue sur tout différend qui lui est ainsi soumis; il peut à cette fin modifier le montant que détermine le Conseil pour ses besoins, les époques de versement ou les règles de répartition du Conseil.

Le solde visé au paragraphe 2° du premier alinéa doit être réparti de façon équitable et non discriminatoire.

La nouvelle loi prévoit le maintien de l'organisme, le Conseil scolaire de l'île de Montréal, créé en 1972 par la *Loi pour favoriser le développement scolaire dans l'île de Montréal*. La quatrième question constitutionnelle porte sur l'attribution en exclusivité du pouvoir d'emprunt au Conseil. Une commission scolaire ne peut emprunter directement; c'est le Conseil qui contracte et gère les emprunts. Cette question constitutionnelle concerne également le pouvoir qui est donné au Conseil d'établir des règles de répartition de la taxe qu'il perçoit pour le compte des commissions scolaires.

La Cour d'appel, à l'unanimité, a répondu affirmativement à la première sous-question. Pour le juge *LeBel*, puisque la législation préconfédérative accordait aux dissidents le droit de ne pas être tenus aux frais et dépenses du fonctionnement des

existence of this possibility that dissentients may be responsible for the payment of money owed for common schools or by school corporations to which they do not belong prejudicially affects a guaranteed right, which makes s. 93 applicable" ^a (p. 2557). Beauregard J.A. found that the fact that the borrowing power was given to the Conseil without indicating that it had to act equitably when allocating among the various school boards the cost of reimbursing loans and the payment of interest ^b made the provisions unconstitutional.

The second subquestion divided the Court of Appeal. The majority, *per* LeBel J.A., considered that the provisions examined were valid under s. 93 of the Constitution. The *Act to amend the Education Act and the Act respecting private education*, S.Q. 1990, c. 28, substantially amended ^d s. 439. In its original version, the complete absence of any limits on the power to allocate school taxes would have prejudicially affected the rights guaranteed by s. 93. The provision now contains new mechanisms for allocating the proceeds of school taxes and the income from their investment. Further, each school board has a right of appeal to the Minister of Education, who may alter the allocation made by the Conseil scolaire de l'île de Montréal. LeBel J.A. concluded that this appeal mechanism [TRANSLATION] "gives each school board fair and proportional access to school taxes" ^e (p. 2562).

Beauregard J.A., who wrote the minority opinion, concluded that the provisions prejudicially affected constitutionally protected rights because they did not state that the Conseil scolaire and the Minister of Education had to act fairly as between the various school boards in exercising the powers conferred on them. ^f

The Montreal Catholic School Commission argues that, at the time of the Union, the denominational school boards had the right to borrow since under arts. 357 to 361 of the *Civil Code of Lower Canada* they had all the powers of corpora- ^j

écoles communes, «[l']existence même de cette possibilité que des dissidents soient responsables du paiement des sommes dues pour les écoles communes ou par des corporations scolaires auxquelles ils n'appartiennent pas constitue une atteinte préjudiciable à un droit garanti, qui donne lieu à l'application de l'article 93» (p. 2557). Le juge Beauregard a trouvé que le fait que le pouvoir d'emprunt soit donné au Conseil sans préciser qu'il devait agir équitablement en répartissant entre les diverses commissions scolaires les charges pour le remboursement des emprunts et le paiement des intérêts rendait les dispositions ^c inconstitutionnelles.

La deuxième sous-question a divisé la Cour d'appel. La majorité, sous la plume du juge LeBel, a considéré que les dispositions examinées étaient valides en regard de l'art. 93 de la Constitution. La *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé*, L.Q. 1990, ch. 28, a modifié substantiellement l'art. 439. Dans son ^e texte original, l'absence totale d'encadrement du pouvoir de répartition de la taxe scolaire aurait été préjudiciable à des droits garantis par l'art. 93. La disposition prévoit maintenant de nouveaux mécanismes de répartition du produit de la taxe scolaire et des revenus de leur placement. De plus, chaque commission scolaire possède un droit d'appel au ministre de l'Éducation qui peut modifier le montant attribué par le Conseil scolaire de l'île de Montréal. Le juge LeBel a conclu que ce mécanisme d'appel «assure à chaque commission scolaire un accès équitable et proportionnel à la taxe scolaire» (p. 2562).

Le juge Beauregard, qui a écrit pour la minorité, a conclu que les dispositions préjudiciaient aux droits protégés constitutionnellement parce qu'elles ne précisaient pas que le Conseil scolaire et le ministre de l'Éducation devaient agir équitablement entre les diverses commissions scolaires dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont conférés. ⁱ

La Commission des écoles catholiques de Montréal allègue que les commissions scolaires confessionnelles avaient, au moment de l'Union, le droit d'emprunter puisqu'elles possédaient tous les pouvoirs des corporations, selon les art. 357 à 361 du

tions. It submits that the power to borrow is a non-denominational aspect of the powers of school boards which is necessary to give effect to the constitutional guarantees. According to this appellant, therefore, in abolishing the borrowing power of denominational school boards *Bill 107* is unconstitutional as it prejudicially affects guaranteed rights. On the second subquestion, this appellant argues that the criterion for allocation of the proceeds of taxes is inadequate to satisfy the constitutional guarantees of equality and proportionality.

The Conseil scolaire de l'île de Montréal submits that should this Court consider that the power delegated to the Conseil scolaire to borrow for its own purposes and for the purposes of school boards on the island of Montréal entrenched on an incidental power relating to denominational schools, the legislative revision dealing with the exercise of protected rights, while altering it, is not *ultra vires* the National Assembly. It argues that the combining of school boards on the island of Montréal, introduced for borrowing purposes by the Conseil scolaire, is consistent with trends in methods of school financing and, by optimizing the management of the financial resources available to the denominational schools, helps to protect their rights and privileges. In this appellant's submission, it should be noted that no pre-Confederation statute gave the denominational school boards of Québec and Montréal the power to borrow. In any case, it argues, this borrowing power is not as such a power relating to denominational rights or a power necessary to the exercise of denominational rights.

The Conseil scolaire de l'île de Montréal further points out that as a result of the Court of Appeal judgment, the Quebec government amended *Bill 107* by adding s. 425.1:

425.1. The Government shall grant to a confessional or dissentient school board a subsidy equal to any amount it may be required to pay as a result of the application of section 424 or 425 for the purposes of the

Code civil du Bas-Canada. Elle soumet que le pouvoir d'emprunter est un aspect non confessionnel des pouvoirs des commissions scolaires qui est nécessaire pour rendre efficaces les garanties constitutionnelles. Par conséquent, selon cette appelante, la *Loi 107* qui supprime le pouvoir d'emprunt des commissions scolaires confessionnelles est inconstitutionnelle en portant atteinte à des droits garantis. Au sujet de la deuxième sous-question, cette appelante prétend que le critère de répartition du produit de la taxe est inadéquat pour satisfaire les garanties constitutionnelles d'égalité et de proportionnalité.

Le Conseil scolaire de l'île de Montréal soumet que si cette Cour considérait que le pouvoir délégué au Conseil scolaire d'emprunter pour ses propres fins et pour les fins des commissions scolaires de l'île de Montréal empiète sur un pouvoir accessoire relatif aux écoles confessionnelles, cet aménagement législatif portant sur l'exercice de droits protégés, tout en le modifiant, n'en devient pas pour autant *ultra vires* de l'Assemblée nationale. Il allègue que le regroupement des commissions scolaires de l'île de Montréal, incarné par des fins d'emprunt par le Conseil scolaire, s'inscrit dans l'ère évolutive des modes de financement scolaire et, en aménageant une gestion optimale des ressources financières dont les écoles confessionnelles disposent, contribue à protéger leurs droits et privilèges. Il faut remarquer, selon cet appelant, qu'aucune loi préconfédérative n'accordait le pouvoir d'emprunter aux commissions scolaires confessionnelles de Québec et de Montréal. De toute façon, soutient-il, ce pouvoir d'emprunt ne constitue pas en soi un pouvoir qui concerne la confessionnalité ni un pouvoir qui est nécessaire à l'exercice de la confessionnalité.

Le Conseil scolaire de l'île de Montréal indique en outre qu'à la suite du jugement de la Cour d'appel, le gouvernement québécois a modifié la *Loi 107* en ajoutant l'art. 425.1:

425.1. Le gouvernement alloue à une commission scolaire confessionnelle ou dissidente une subvention égale au montant qu'elle doit verser, le cas échéant, par application de l'article 424 ou 425 pour les fins des

other school boards on the island of Montréal or of the Council.

This obligation imposed on the government removes any concern as to liability for the costs of operating common schools.

As to subquestion 4(b), namely the allocation of the proceeds of taxes by the Conseil, the Conseil deals with it taking into account the amendments made by the Quebec legislature following the Court of Appeal judgment. It argues, however, that even before the amendment s. 439 was constitutionally valid.

The Conseil first deals with the school commissioners' power to impose taxes in pre-Confederation legislation, a question which in its view arises both with regard to dissentient school boards, which might eventually be established in the territory where the appellant exercises jurisdiction, and with regard to the two existing denominational school boards in Montréal. In the appellant's submission the *1861 Act* does not deprive the government of the power to tax for purposes additional to the ones specific to a class of persons protected by s. 93 of the Constitution. The government may impose the taxes itself or entrust this power to some other agency.

Furthermore, in 1861 in Québec and Montréal the taxing power was given to the municipal corporations, not the commissioners. Accordingly *Bill 107*, in giving the Conseil the power that belonged to the municipal corporations, cannot affect a right guaranteed to a class of persons under s. 93 of the Constitution.

The Conseil then argues that the rights of the class of persons protected by s. 93 are not prejudicially affected since the right to impose the tax at the first level was not constitutionalized and the imposition of a levy is not in itself a right pertaining to the denominational status of schools. As to the allocation of the proceeds of the tax provided for in s. 439 of *Bill 107*, this appellant submits that it has no discretion and must comply with the requirements of the Act.

autres commissions scolaires de l'île de Montréal ou du Conseil.

Cette obligation faite au gouvernement enlève toute crainte quant à la responsabilité des frais et dépenses de fonctionnement des écoles communes.

Pour la sous-question 4b), soit le partage du produit de la taxe par le Conseil, celui-ci traite cette question en tenant compte des modifications apportées par le législateur québécois à la suite du jugement de la Cour d'appel. Il prétend toutefois que même avant la modification, l'art. 439 était constitutionnellement valide.

Le Conseil commence par se pencher sur le pouvoir des commissaires d'école d'imposer une taxe dans les lois préconfédératives, question qui, d'après lui, se pose tant à l'égard des commissions scolaires dissidentes qui pourraient éventuellement s'établir sur le territoire où l'appelant exerce sa juridiction, qu'à celui des deux commissions scolaires confessionnelles existantes à Montréal. La *Loi de 1861*, selon l'appelant, ne prive pas le gouvernement du pouvoir de taxation pour des fins additionnelles à celles spécifiques d'une classe de personnes protégée par l'art. 93 de la Constitution. Le gouvernement peut taxer lui-même ou confier ce pouvoir à quelqu'autre organisme.

De plus, à Québec et à Montréal, le pouvoir de taxation, en 1861, était confié aux corporations municipales et non aux commissaires. Donc, la *Loi 107* en accordant au Conseil le pouvoir qui revenait aux corporations municipales ne peut affecter un droit garanti à une classe de personnes en vertu de l'art. 93 de la Constitution.

Le Conseil allègue ensuite que la classe de personnes protégée par l'art. 93 ne subit aucun préjudice de droit puisque le droit d'imposer la taxe de premier niveau n'a pas été constitutionalisé et que l'imposition d'une cotisation n'est pas en soi un droit relatif au caractère confessionnel des écoles. Quant au partage du produit de la taxe prévu à l'art. 439 de la *Loi 107*, cet appelant soumet qu'il ne possède aucune discrétion et ne peut que se soumettre aux exigences de la Loi.

Finally, the Conseil argues that the duty imposed on it to allocate the balance of taxes fairly and in a non-discriminatory way suffices to meet the requirements of the constitutional guarantees conferred by s. 93.

The respondent points out that before 1867 the school boards had no borrowing power, and that accordingly the legislature can confer this role on the Conseil scolaire de l'île de Montréal. The Québec and Montréal school boards also had no power to levy school taxes, since this was the function of the municipal corporations.

The 1861 Act is silent on the question of the borrowing powers of school boards or trustees. Garant, Gosselin and Tremblay, *supra*, note that the borrowing power did not appear until 1886. As this power does not exist in pre-Confederation legislation, there can be no question of protection under s. 93 of the Constitution. The legislature can therefore grant such a power to the Conseil scolaire de l'île de Montréal without infringing the Constitution.

The argument of the Montreal Catholic School Commission that the school boards have all the powers of a corporation under arts. 357 to 361 of the *Civil Code of Lower Canada*, and so by implication the power to borrow, cannot be sustained. This appellant relied on *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, in which this Court held that the *Civil Code* could apply to a municipal corporation. That case had very little to do with the present issue, since it concerned the civil liability of municipalities. Further, this Court has held that "political" corporations must be governed by public law and that civil law can only apply to them in exceptional cases.

Moreover, even if the Montreal Catholic School Commission's position were to be admitted, and this provision held unconstitutional, the right would have to be one relating to denominational status itself or to its exercise. As LeBel J.A. points out, [TRANSLATION] "[t]he borrowing power would

Finally, le Conseil prétend que l'obligation qui lui est imposée de partager le solde de la taxe de manière équitable et non discriminatoire suffit pour rencontrer les exigences des garanties constitutionnelles conférées par l'art. 93.

L'intimé fait remarquer qu'avant 1867, les commissions scolaires ne possédaient aucun pouvoir d'emprunt et que, par conséquent, le législateur peut confier ce rôle au Conseil scolaire de l'île de Montréal. Les commissions scolaires de Québec et de Montréal n'avaient pas non plus celui de prélever la taxe scolaire puisque cela relevait des corporations municipales.

La Loi de 1861 est silencieuse sur la question du pouvoir d'emprunt des commissions scolaires ou des syndicats. Garant, Gosselin et Tremblay, *loc. cit.*, font remarquer que le pouvoir d'emprunt n'est apparu qu'en 1886. Ce pouvoir n'existant pas dans les lois préconfédératives, il ne peut être question de protection en vertu de l'art. 93 de la Constitution. Le législateur peut donc accorder un tel pouvoir au Conseil scolaire de l'île de Montréal sans enfreindre la Constitution.

L'argument de la Commission des écoles catholiques de Montréal selon lequel les commissions scolaires ont tous les pouvoirs d'une corporation par le biais des art. 357 à 361 du *Code civil du Bas-Canada* et donc, implicitement, celui d'emprunter n'est pas bien fondé. Cette appelante s'appuie sur la décision *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, où notre Cour a décidé que le *Code civil* pouvait s'appliquer à une corporation municipale. Le litige était bien loin de nos préoccupations actuelles puisqu'il concernait la responsabilité délictuelle des municipalités. En outre, cette Cour a établi que les corporations «politiques» doivent être régies par le droit public et que ce n'est qu'exceptionnellement que le droit civil peut les gouverner.

D'ailleurs, même si l'on admettait la position de la Commission des écoles catholiques de Montréal, pour conclure à l'inconstitutionnalité de cette disposition, il faudrait voir en elle un droit relatif à la confessionnalité même ou à son exercice. Comme le fait remarquer le juge LeBel, «[l]e pouvoir

at most be an incidental power" (p. 2556). Beauregard J.A. is even more categorical (at p. 2589):

[TRANSLATION] In any case, the question of whether school boards had the power to borrow at Confederation is of no importance since that borrowing power is not as such a power relating to denominational status or a power which is necessary for the exercise of denominational status. Even if we were to accept that in 1867 the law authorized majority boards, dissentient boards and the separate boards of Québec and Montréal to borrow, it does not follow that by divesting all the school boards of this borrowing power the legislature would affect the right to dissent provided for in s. 93(1) and infringe the powers guaranteed by s. 93(2).

If this power was seen as having an aspect relating to denominational status, however, it would still be necessary that non-compliance with it cause some prejudice for the provisions creating it to be invalidated. On the contrary, it is much more advantageous to the school boards for the Conseil to have the borrowing power. As it has had this power for some twenty years (exclusively from 1972 to 1985 and concurrently from 1985 to the present), the Conseil has been able to obtain benefits which the school boards themselves would not necessarily have: financial credibility, favorable borrowing rates and so on.

The defect criticized by Beauregard J.A. was rectified by s. 425.1, which was added to *Bill 107* after the Court of Appeal's decision and which is a complete answer to his objection.

The second part of the question concerns the taxing power which the Quebec legislature wishes to confer on the Conseil scolaire de l'île de Montréal by authorizing it to distribute the proceeds of taxation.

Once again, we must turn to the *1861 Act*. Under s. 73, outside the two major cities it is the commissioners and trustees who have the power and duty to levy school taxes. In Québec and Montréal it is the municipal corporations that have the power of financing school corporations. The

d'emprunt serait tout au plus un pouvoir accessoire» (p. 2556). Le juge Beauregard est encore plus catégorique (à la p. 2589):

En tout état de cause, la question de savoir si les commissions scolaires avaient le pouvoir d'emprunt lors de la Confédération n'a pas d'importance puisque ce pouvoir d'emprunt n'est pas en soi un pouvoir qui concerne la confessionnalité ni un pouvoir qui est nécessaire à l'exercice de la confessionnalité. Même si on acceptait qu'en 1867 la loi autorisait les commissions de la majorité, les commissions dissidentes et les commissions séparées de Québec et de Montréal à emprunter, il ne faudrait pas conclure qu'en enlevant à toutes les commissions scolaires ce pouvoir d'emprunt, le législateur affecterait le droit à la dissidence prévu au paragraphe 1 de l'article 93 et brimerait les pouvoirs garantis par le paragraphe 2 de l'article 93.

Toutefois, si l'on voyait dans ce pouvoir un aspect relatif à la confessionnalité, encore faudrait-il que son non-respect entraîne un préjudice pour devoir invalider les dispositions l'établissant. Il est au contraire beaucoup plus intéressant pour les commissions scolaires que ce soit le Conseil qui ait le pouvoir d'emprunt. En effet, comme il a ce pouvoir depuis une vingtaine d'années (exclusif de 1972 à 1985, partagé de 1985 à aujourd'hui), le Conseil a pu obtenir des avantages que n'auraient pas forcément les commissions scolaires elles-mêmes: crédibilité financière, taux d'emprunt intéressants, etc.

Le défaut dénoncé par le juge Beauregard a été pallié par l'art. 425.1, ajouté à la *Loi 107* après la décision de la Cour d'appel, et qui répond entièrement à son objection.

Le deuxième volet de la question porte sur le pouvoir de taxation que le législateur québécois compte attribuer au Conseil scolaire de l'île de Montréal en lui permettant d'en répartir le produit.

Une fois encore, il faut se tourner vers la *Loi de 1861*. En vertu de son art. 73, en dehors des deux grandes villes, ce sont les commissaires et les syndicats qui ont le pouvoir et le devoir de prélever les taxes scolaires. À Québec et à Montréal, ce sont les corporations municipales qui ont le pouvoir de

municipalities levy the basic taxes under s. 131. Accordingly, in the territory of Montréal, since it is the municipality and not the school boards which have the taxing power, the legislature can transfer it to the Conseil.

A problem would arise in the event a dissentient school were created outside the territory of the city of Montréal, either as the result of a reduction in the territory of the denominational boards in Montréal or otherwise. In such a situation, a dissentient school could then be created on the island of Montréal and, under *Bill 107*, it would be subject to the authority of the Conseil, while, as I have just said, it would “ordinarily” have the right to collect its taxes itself. It is not certain that this would have a prejudicial effect.

One may also take a broad view of the guarantees offered by the Constitution, as does Hurlbut (“La confessionnalité de notre système scolaire et les garanties constitutionnelles” (1962), 65 *R. du N.* 167). According to that author, and I share his view, fundamentally what matters is having the financial and physical resources to operate school boards. The taxing power is only one possible means of attaining this end. If it can be done otherwise, such as by an equal, or at least appropriate and equitable, allocation of financing sources, it is hard to speak of a prejudicial effect.

Section 439 of *Bill 107*, amended in 1990, provides mechanisms for allocating the proceeds of school taxes and investment income as well as a right of appeal to the Minister of Education for dissatisfied boards. Each board is guaranteed fair and proportional access to school taxes. *Bill 107* thus meets the requirements laid down by this Court in *Greater Hull, supra*, and in the *Ontario Separate Schools Reference, supra*, in particular.

E. Fifth Question

5. Does the *Education Act*, in particular ss. 49, 223, 227, 230, 261 and 568, prejudicially affect the rights and

financer les corporations scolaires. Les municipalités prélèvent les taxes de base en vertu de l’art. 131. Donc, quant au territoire de Montréal, puisque c’est la municipalité et non les commissions scolaires qui ont le pouvoir de taxation, le législateur peut le transférer au Conseil.

Un problème surgirait en cas de création d’une école dissidente en dehors du territoire de la ville de Montréal, soit à la suite d’une réduction du territoire des commissions confessionnelles à Montréal, soit autrement. Dans cette situation, une école dissidente pourrait alors être créée sur l’île de Montréal et, selon la *Loi 107*, elle serait sujette à l’autorité du Conseil, alors que, je viens de le dire, elle aurait «normalement» le droit de prélever elle-même ses taxes. Il n’est pas certain que cela cause un préjudice.

En effet, l’on pourrait aussi avoir une vision large des garanties offertes par la Constitution, à l’instar d’Hurlbut («La confessionnalité de notre système scolaire et les garanties constitutionnelles» (1962), 65 *R. du N.* 167). D’après cet auteur, et je partage son opinion, ce qui compte fondamentalement, c’est d’avoir les moyens financiers, matériels, pour faire fonctionner des commissions scolaires. Le pouvoir de taxation n’est qu’un des moyens possibles pour atteindre ce but. Si l’on y parvient autrement, par exemple par une répartition égale, ou du moins appropriée et équitable, des sources de financement, il est difficile de parler de préjudice.

L’article 439 de la *Loi 107*, modifié en 1990, prévoit des mécanismes de répartition du produit de la taxe scolaire et des revenus de placement ainsi qu’un droit d’appel au ministre de l’Éducation pour les commissions insatisfaites. Chaque commission est assurée d’un accès équitable et proportionnel à la taxe scolaire. La *Loi 107* rencontre ainsi les exigences établies par cette Cour dans *Greater Hull, précité*, et dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées de l’Ontario, précité*, en particulier.

E. Cinquième question

5. La *Loi sur l’instruction publique*, et plus particulièrement ses art. 49, 223, 227, 230, 261 et 568, affecte-t-

privileges protected by s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867*, in that it gives the Catholic committee and the Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation the authority:

- (a) to establish rules respecting the confessional nature of the schools of the confessional and dissentient school boards;
- (b) to approve the programs of studies for religious instruction offered in such schools and to determine the qualification of persons providing that instruction and those assigned to pastoral or religious care and guidance in such schools?

The sections considered are the following:

49. The principal is responsible for the management of the school staff and he shall determine the duties and responsibilities of each member of the staff in accordance with the norms and other decisions of the school board and the provisions of the collective agreements or, as the case may be, the applicable regulations of the Government.

The principal shall also satisfy himself that every teacher he assigns to Catholic or Protestant moral and religious instruction has the qualifications required by the Catholic or the Protestant committee established by the Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation (R.S.Q., chapter C-60).

223. A school board may, in addition to the programs of studies established by the Minister, develop and offer local programs of studies in elective subjects whether or not established by the Minister, to meet any special needs of the students. It may grant to such programs, with the authorization of the Minister, a number of credits greater than that provided for in the basic school regulation [*régime pédagogique*].

The local programs of studies in respect of Catholic or Protestant moral and religious instruction shall be submitted to the Catholic committee or Protestant committee for approval in accordance with section 22 of the Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation.

In addition, a school board may, subject to the provisions of the basic school regulation [*régime pédagogique*] and unless the Minister decides otherwise, develop and offer a program of studies in a subject it determines leading to an occupation or a profession and for which it may deliver an attestation of qualification.

elle de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par les par. 1 et 2 de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du fait qu'elle accorde compétence au comité catholique et au comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation:

- a) pour établir des règles relatives au caractère confessionnel des écoles des commissions scolaires confessionnelles et dissidentes;
- b) pour approuver les programmes d'études pour l'enseignement religieux offert dans de telles écoles et pour déterminer la qualification des personnes qui dispensent cet enseignement et de celles qui sont affectées à l'animation pastorale ou religieuse dans de telles écoles?

Les articles examinés sont les suivants:

49. Le directeur de l'école gère le personnel de l'école et détermine les tâches et responsabilités de chaque membre du personnel en appliquant les normes ou autres décisions de la commission scolaire et les dispositions des conventions collectives ou des règlements du gouvernement qui peuvent être applicables, selon le cas.

Il s'assure qu'un enseignant qu'il affecte à l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, satisfait aux conditions de qualification exigées par le comité catholique ou le comité protestant institué par la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation (L.R.Q., chapitre C-60).

223. La commission scolaire peut, en outre des programmes d'études établis par le ministre, élaborer et offrir des programmes d'études locaux dans des matières à option, établies ou non par le ministre, pour répondre à des besoins particuliers des élèves. Elle peut attribuer à ces programmes, avec l'autorisation du ministre, un nombre d'unités supérieur à celui prévu au régime pédagogique.

Les programmes d'études locaux en enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, sont soumis à l'approbation du comité catholique ou du comité protestant conformément à l'article 22 de la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation.

En outre, une commission scolaire peut, sous réserve de ce qui est prévu au régime pédagogique et à moins que le ministre n'en décide autrement, élaborer et offrir dans une matière qu'elle établit un programme d'études conduisant à une fonction de travail ou à une profession et pour lequel elle peut délivrer une attestation de capacité.

227. Catholic or Protestant moral and religious instruction and Catholic pastoral care and guidance services or Protestant religious care and guidance services are provided in accordance with the regulations of the Catholic committee or the Protestant committee, as the case may be.

230. Every school board shall ensure that only the textbooks and instructional material or class of instructional material approved by the Minister and, where they relate to Catholic or Protestant moral and religious instruction, approved by the Catholic committee or the Protestant committee, as the case may be, are used for the teaching of any program of studies established by the Minister.

It shall also ensure that only the textbooks and instructional material or classes of instructional material approved by the Catholic committee or the Protestant committee, as the case may be, are used for the teaching of local programs of studies in Catholic or Protestant moral and religious instruction.

In accordance with section 7, it shall place at the disposal of the students, free of charge, the textbooks and instructional material used for the teaching of the programs of studies, and shall ensure that students have access, free of charge, to reference and reading material.

261. Every school board shall, in assigning personnel to its schools and adult education centres, take into account the staffing requirements submitted to it by the school principals and the directors of the adult education centres, and the applicable collective agreements.

Every school board shall ensure that any person it hires as a teacher holds a teaching licence issued by the Minister, except in cases where such a licence is not required.

It shall also ensure that any person it assigns to Catholic pastoral care and guidance or Protestant religious care and guidance meets the qualification requirements established by the Catholic or Protestant committee, as the case may be.

568. Section 22 of the Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation (R.S.Q., chapter C-60) is replaced by the following section:

«22. It shall be the duty of such committees:

(a) to make regulations respecting Catholic or Protestant moral and religious instruction, Catholic pastoral care and guidance and Protestant religious care and guidance, in educational institutions;

227. L'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et les services d'animation pastorale catholique ou d'animation religieuse protestante sont dispensés conformément aux règlements du comité catholique ou du comité protestant, selon le cas.

230. La commission scolaire s'assure que pour l'enseignement des programmes d'études établis par le ministre, on ne se serve que des manuels scolaires et du matériel didactique ou des catégories de matériel didactique approuvés par le ministre et, s'ils sont relatifs à l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, approuvés par le comité catholique ou par le comité protestant, selon le cas.

Elle s'assure aussi que pour l'enseignement des programmes d'études locaux en enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, on ne se serve que des manuels scolaires et du matériel didactique ou des catégories de matériel didactique approuvés par le comité catholique ou le comité protestant, selon le cas.

Conformément à l'article 7, elle met gratuitement à la disposition de l'élève les manuels scolaires et le matériel didactique requis pour l'enseignement des programmes d'études et lui assure un accès gratuit à des ressources bibliographiques et documentaires.

261. La commission scolaire affecte le personnel dans les écoles et les centres d'éducation des adultes en tenant compte des besoins en personnel dont lui font part les directeurs d'école et de centre d'éducation des adultes et, le cas échéant, conformément aux dispositions des conventions collectives.

Elle s'assure qu'une personne qu'elle engage pour enseigner est titulaire d'une autorisation d'enseigner délivrée par le ministre, sauf dans les cas où elle n'est pas requise.

Elle s'assure, en outre, qu'une personne qu'elle affecte à l'animation pastorale catholique ou à l'animation religieuse protestante satisfait aux conditions de qualification exigées par le comité catholique ou le comité protestant, selon le cas.

568. L'article 22 de la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation (L.R.Q., chapitre C-60) est remplacé par le suivant:

«22. Ces comités sont chargés:

a) de prendre des règlements concernant l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, l'animation pastorale catholique et l'animation religieuse protestante, dans les établissements d'enseignement;

(b) to make regulations respecting the qualifications of the teaching staff which provides Catholic or Protestant moral and religious instruction, and of the teaching staff which provides Catholic pastoral care and guidance or Protestant religious care and guidance, in educational institutions;

(c) to approve, for Catholic or Protestant moral and religious instruction, the curricula, educational guides, textbooks, teaching material or classes of teaching material;

(d) to approve, for Catholic pastoral care and guidance or Protestant religious care and guidance, the handbooks of objectives and the accompanying teachers' guides;

(e) to make regulations to recognize educational institutions other than those of a confessional or dissentient school board as either Catholic or Protestant, and to ensure the confessional character of educational institutions recognized as Catholic or Protestant and of educational institutions of a Catholic or Protestant confessional or dissentient school board;

(f) to recognize educational institutions other than those of a confessional or dissentient school board as either Catholic or Protestant and to withdraw such recognition from institutions which no longer fulfill the necessary conditions therefor;

(g) to make recommendations to the Council, the Minister of Education or the Minister of Higher Education and Science respecting any matter within their competence.

The regulations made under this section shall come into force after approval by the Government.

This section will not apply to confessional or dissentient school boards until the date fixed by the Government."

The Court of Appeal answered the last constitutional question in the negative. According to Beauregard J.A., there is now no objection in principle to the legislature providing that the religious authority responsible for the general content of religious instruction shall consist of a committee representing Catholics or Protestants, as the case may be. There is also nothing to prevent the legislature assigning to such committees the power to

b) de prendre des règlements sur les conditions de qualification du personnel enseignant qui dispense l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, ainsi que du personnel qui dispense les services d'animation pastorale catholique, ou les services d'animation religieuse protestante, dans les établissements d'enseignement;

c) d'approuver pour l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, les programmes d'études, les guides pédagogiques, les manuels scolaires, le matériel didactique ou les catégories de matériel didactique;

d) d'approuver, pour l'animation pastorale catholique ou l'animation religieuse protestante, les répertoires d'objectifs et les guides afférents;

e) de prendre des règlements pour reconnaître comme catholiques ou protestants les établissements d'enseignement autres que ceux d'une commission confessionnelle ou dissidente et pour assurer le caractère confessionnel des établissements d'enseignement reconnus comme catholiques ou protestants et des établissements d'enseignement d'une commission scolaire confessionnelle ou dissidente, catholique ou protestante;

f) de reconnaître comme catholiques ou protestants les établissements d'enseignement autres que ceux d'une commission scolaire confessionnelle ou dissidente et de retirer cette reconnaissance aux établissements qui ne remplissent plus les conditions pour être reconnus;

g) de faire au Conseil, au ministre de l'Éducation et au ministre de l'Enseignement supérieur et de la Science des recommandations sur toute question de leur compétence.

Les règlements pris en vertu du présent article entrent en vigueur après leur approbation par le gouvernement.

Le présent article ne s'appliquera aux commissions scolaires confessionnelles ou dissidentes qu'à la date fixée par le gouvernement.»

La Cour d'appel a répondu négativement à la dernière question constitutionnelle. Selon le juge Beauregard, il n'existe aucune objection de principe à ce qu'aujourd'hui le législateur décrète que l'autorité religieuse en charge du contenu général de l'enseignement religieux soit constituée d'un comité représentatif des catholiques ou des protestants, suivant le cas. Rien n'empêche non plus le législateur d'attribuer à ces comités le pouvoir

make regulations to ensure the denominational character of the schools concerned. LeBel J.A., for his part, considered that this power had no prejudicial effect on guaranteed constitutional rights and that it was [TRANSLATION] “likely to improve and protect the exercise in keeping with the powers of general supervision over the system of education which school legislation has given the Council of Public Instruction since before Confederation” (p. 2566).

On the second subquestion, LeBel J.A. felt that *Bill 107* had the effect of leaving the classes of persons concerned to make the decisions both on establishing religious programs and on the qualifications of staff assigned to provide religious instruction or care and guidance. Accordingly, the classes of persons covered by s. 93 of the Constitution were not prejudicially affected.

As a consequence of the 1990 legislative amendments, the question is clearly less controversial than when it came before the Court of Appeal. Accordingly, the parties submitted few arguments.

The Commission scolaire Chomedey de Laval concludes that the provisions contemplated by the fifth question were invalid by reason of the unconstitutionality of *Bill 107* as a whole, on the grounds already indicated. It considers that the answer to be given to the fifth question in such circumstances is purely academic.

The Montreal Catholic School Commission adopts the same position as the Commission scolaire Chomedey de Laval.

The Attorney General of Quebec argues that there is nothing to prevent entrusting religious matters to the Catholic committee and Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation. As a result of the amendments made in 1990, the committees no longer have to recognize the schools of the denominational and dissentient school boards, since their status is guaranteed by the Act. By virtue of this denominational status, however, such schools fall under one or other of

d'établir des règlements pour assurer le caractère confessionnel des écoles concernées. Pour sa part, le juge LeBel a considéré que ce pouvoir n'entraînait aucun préjudice pour des droits constitutionnels garantis et qu'il était «de nature à améliorer et à protéger l'exercice dans l'esprit des pouvoirs de surveillance générale sur le système d'éducation que, dès avant la Confédération, la législation scolaire reconnaissait au Conseil de l'instruction publique» (p. 2566).

Quant à la deuxième sous-question, le juge LeBel a estimé que la *Loi 107* avait pour effet de laisser aux classes de personnes concernées les décisions tant sur l'établissement des programmes religieux que sur la qualification du personnel destiné à assurer l'enseignement ou l'animation religieuse. Par conséquent, les classes de personnes visées à l'art. 93 de la Constitution ne subissent aucun préjudice.

La question est nettement moins controversée que lors de sa présentation devant la Cour d'appel en raison des modifications législatives de 1990. Aussi les parties ont-elles soumis peu d'arguments.

La Commission scolaire Chomedey de Laval conclut à l'invalidité des dispositions visées par la cinquième question en raison de l'inconstitutionnalité de l'ensemble de la *Loi 107* pour les motifs déjà résumés. Elle considère que la réponse à donner à la cinquième question, dans un tel contexte, est purement académique.

La Commission des écoles catholiques de Montréal adopte la même position que la Commission scolaire Chomedey de Laval.

Le procureur général du Québec allègue que rien n'empêche de confier les matières religieuses au comité catholique et au comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation. À la suite des modifications apportées en 1990, les comités n'ont plus à reconnaître les écoles des commissions scolaires confessionnelles et dissidentes puisque leur statut leur est assuré par la loi. Ces écoles cependant, du fait de ce statut confessionnel, relèvent de l'un ou l'autre des comités qui ont hérité des fonc-

the committees which inherited the functions assigned to the parish priest and minister of religion by the *1861 Act*.

(1) Establishing Rules Respecting the Confessional Nature of Dissident School Boards and Confessional School Boards

Before Confederation the *1861 Act* provided, in s. 18, that the Governor in Council could appoint a Council of Public Instruction. The Council was given a number of powers, in particular regarding control of normal schools, the governing and discipline of common schools, classification of schools, teachers and the choice of textbooks and school materials.

It should be noted that in 1867 there was no subdivision of the Council by denomination. It was in 1869 that the *Act to amend the law respecting Education in this Province*, S.Q. 1869, c. 16, set up separate Catholic and Protestant committees:

2. The said council, so soon as reorganized under this act shall resolve itself into two committees, the one consisting of the roman catholic and the other of the protestant members thereof, and the matters and things which by law belong to the said council shall be referred to the said committees respectively, in so far as they shall specially affect the interests of roman catholic and of protestant education respectively

When the *Superior Council of Education Act*, now R.S.Q., c. C-60, created the Superior Council of Education in 1964, it continued the existence of the two separate committees.

After the amendments made in 1990, the committees no longer have to recognize the schools of confessional and dissentient boards. Their status is guaranteed by law.

I adopt the observations of LeBel J.A. in his reply to the first subquestion (at p. 2566):

[TRANSLATION] . . . the Act gives the committees the general power to make regulations to ensure confessional status. The committees are not given the power to

tions que la *Loi de 1861* attribuait au curé et au ministre du culte.

(1) L'établissement des règles relatives au caractère confessionnel des commissions scolaires dissidentes et des commissions scolaires confessionnelles

Avant la Confédération, la *Loi de 1861* prévoyait, à son art. 18, que le gouverneur en conseil pouvait nommer un conseil de l'instruction publique. Le conseil était doté d'un certain nombre de pouvoirs notamment en ce qui concerne la régie des écoles normales, la gouverne et la discipline des écoles communes, la classification des écoles, les instituteurs et le choix des manuels et du matériel scolaires.

Il est important de souligner qu'en 1867, le Conseil ne comporte pas de subdivision confessionnelle. C'est en 1869 que l'*Acte pour amender les lois concernant l'Éducation en cette Province*, S.Q. 1869, ch. 16, institue des comités catholique et protestant distincts:

2. Le dit conseil aussitôt après sa réorganisation en vertu de cet acte, se divisera en deux comités, l'un d'eux composé des membres catholiques romains, et l'autre des membres protestants, et ce qui est du ressort du dit conseil sera renvoyé à chacun des dits comités respectivement, en autant que les intérêts de l'éducation des catholiques ou des protestants respectivement pourront y être particulièrement concernés . . .

Lorsque la *Loi du Conseil supérieur de l'éducation*, maintenant L.R.Q., ch. C-60, institua le Conseil supérieur de l'éducation en 1964, elle maintint les deux comités séparés.

À la suite des modifications apportées en 1990, les comités n'ont plus à reconnaître les écoles des commissions confessionnelles et dissidentes. Leur statut est assuré par la loi.

Je fais miens les propos du juge LeBel lors de sa réponse à la première sous-question, à la p. 2566:

. . . la loi laisse aux comités le pouvoir général d'établir des règles pour assurer la confessionnalité. On n'accorde pas aux comités de pouvoir de décider si le carac-

decide whether the confessional character of a dissentient school will be recognized. That result is acknowledged. The Conseil is only authorized to take steps to guarantee the already established confessional status. The conferring of such a power does not prejudicially affect guaranteed constitutional rights.

(2) Setting Up of Religious Programs and Qualification of Teaching Staff

In *G.M.P.S.B.*, *supra*, this Court recognized, at p. 410, that the transfer of the power to approve books and the content of denominational or religious instruction "from the hands of the 'Curé, Priest or officiating Minister' to the corresponding committee of the Conseil . . . does not prejudicially affect the rights or privileges protected by s. 93(1)".

As LeBel J.A. observes (at p. 2567):

[TRANSLATION] The effect of the legislative amendment is to leave within the class of persons concerned the decisions both as to the setting up of religious programs and the qualification of staff providing religious instruction or care and guidance. Control of such subjects is the responsibility of agencies established for this class of persons and consisting of their representatives.

I am consequently of the view that the question should be answered in the negative.

IV - Conclusion

For these reasons, and in light of the legislation amended subsequent to the Court of Appeal's opinion, I would decide the appeal by answering the questions posed as follows.

I would answer question 1, regarding the creation of linguistic school boards that will succeed to the rights and duties of school boards for Catholics and for Protestants, in the negative. I consider that such a reform does not infringe any right or privilege conferred by s. 93 of the Constitution.

I would answer question 2 in the negative. Sub-question 2(a) deals with exercise of the right to dissent. The provisions at issue as amended by the legislature after the Court of Appeal judgment do

tère confessionnel de l'école dissidente sera reconnu. Ce résultat est acquis. On permet seulement au Conseil de prendre des dispositions qui garantissent cette confessionnalité déjà acquise. L'attribution d'un tel pouvoir ne porte aucun préjudice aux droits constitutionnels garantis.

(2) L'élaboration des programmes religieux et la qualification du personnel enseignant

Dans *Régime pédagogique*, précité, cette Cour a reconnu, à la p. 410, que le transfert du pouvoir d'approbation des livres et du contenu de l'enseignement confessionnel ou religieux du «curé, prêtre ou ministre» au comité correspondant du Conseil [constitue] une délégation qui ne préjudicie pas aux droits et aux privilèges que protège le par. 93(1)».

Comme le dit le juge LeBel, à la p. 2567:

La modification législative a pour effet de laisser à l'intérieur de la classe de personnes concernées les décisions tant sur l'établissement des programmes religieux que sur la qualification du personnel destiné à assurer l'enseignement ou l'animation religieuse. Le contrôle de ces sujets relève d'organismes établis pour cette classe de personnes et composés de représentants de celle-ci.

Par conséquent, je suis d'avis de répondre négativement à la question.

IV - Conclusion

Pour ces motifs et compte tenu de la législation modifiée postérieurement à l'opinion de la Cour d'appel, je déciderais de l'appel en répondant aux questions posées de la façon suivante.

À la question 1, relative à la création de commissions scolaires linguistiques, appelées à succéder aux droits et obligations des commissions scolaires pour catholiques et pour protestants, je réponds par la négative. Je considère en effet qu'une telle réforme ne viole aucun droit ou privilège accordé par l'art. 93 de la Constitution.

À la question 2, je réponds par la négative. La sous-question 2a) porte sur l'exercice du droit à la dissidence. Les mesures envisagées et modifiées par le législateur après le jugement de la Cour

not prejudicially affect rights and privileges protected by s. 93 of the Constitution. The government's power to alter the legal structures of dissentient school boards, which is the subject of subquestion 2(b), respects the guarantees provided by s. 93. The provisions authorizing the government to dissolve inactive dissentient boards do not infringe these guarantees. As the rights of ownership of property and assignment of staff are not protected by s. 93 as such, the legislative provisions on these matters are valid since they make provision for an equitable allocation among school boards and include transitional measures which in themselves are adequate. As to the limitation on attendance at dissentient schools, which is the subject of subquestion 2(c), this does not breach rights and privileges under s. 93 of the Constitution.

I would answer the third constitutional question in the negative. The declaration that the legal existence of the boards in question in Québec and Montréal continues does not breach rights guaranteed by s. 93. The provisions authorizing the government to alter territories do not infringe those guarantees, provided there is no territorial reduction within the boundaries of the municipal corporations of the two cities, unless the territory so detached is served by a confessional board offering the same rights and privileges in denominational matters. Subquestion 3(d), which relates to attendance at confessional schools in Québec and Montréal, is answered in the same manner as subquestion 2(c).

I would answer the fourth question in the negative. The assignment of powers to borrow and to allocate the proceeds of school taxes to the Conseil scolaire de l'île de Montréal in accordance with the provisions at issue does not infringe any right or privilege conferred by s. 93.

I would answer the fifth question in the negative. The establishing of rules respecting the confessional nature of dissentient and confessional school boards by the Catholic and Protestant committees of the Conseil supérieur de l'éducation is

d'appel n'affectent pas de façon préjudiciable des droits et privilèges protégés par l'art. 93 de la Constitution. Le pouvoir du gouvernement de modifier les structures juridiques des commissions scolaires dissidentes, envisagé par la sous-question 2b), respecte les garanties accordées par l'art. 93. Les dispositions autorisant le gouvernement à mettre fin aux commissions scolaires dissidentes inactives n'enfreignent pas ces garanties. Les droits de propriété des biens et l'affectation du personnel n'étant pas protégés comme tels par l'art. 93, les dispositions législatives sur ces sujets sont valides puisqu'elles prévoient des modalités de répartition équitable entre les commissions scolaires et comportent des mesures transitoires adéquates en soi. Quant à la limitation de la fréquentation des écoles dissidentes, objet de la sous-question 2c), elle ne porte pas atteinte aux droits et privilèges de l'art. 93 de la Constitution.

Je réponds par la négative à la troisième question constitutionnelle. La déclaration du maintien de l'existence juridique des commissions concernées, à Québec et à Montréal, ne porte pas atteinte à des droits garantis par l'art. 93. Les dispositions autorisant le gouvernement à modifier les territoires n'enfreignent pas ces garanties, sous réserve qu'il n'y ait pas de réduction territoriale en deçà des limites des corporations municipales des deux villes, à moins que le territoire ainsi détaché ne soit desservi par une commission confessionnelle offrant les mêmes droits et privilèges en matière confessionnelle. La sous-question 3d), qui a trait à la fréquentation des écoles confessionnelles à Québec et à Montréal, reçoit la même réponse que la sous-question 2c).

Je réponds par la négative à la quatrième question. L'attribution de pouvoirs d'emprunt et de répartition du produit de la taxe scolaire au Conseil scolaire de l'île de Montréal selon les dispositions visées n'enfreint aucun droit ou privilège accordé par l'art. 93.

Je réponds par la négative à la cinquième question. L'établissement des règles relatives au caractère confessionnel des commissions scolaires dissidentes et confessionnelles par les comités catholique et protestant du Conseil supérieur de

not contrary to any right guaranteed by s. 93 of the Constitution. The same is true of the granting to those committees of the power to approve programs of study and standards applicable to the qualifications of staff assigned to religious instruction.

No order should be made as to costs.

The five constitutional questions were answered in the negative.

Solicitors for the appellant the Quebec Association of Protestant School Boards: Colin K. Irving and Allan R. Hilton, Montréal.

Solicitors for the appellant the Fédération des commissions scolaires du Québec: Houde, Brunelle, Ste-Foy.

Solicitors for the appellant the Commission scolaire Chomedey de Laval: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the appellant the Conseil scolaire de l'île de Montréal: Carrières, Meagher, Montréal; François Aquin, Montréal.

Solicitors for the appellant the Montreal Catholic School Commission: Martineau, Walker, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the interveners: Bertrand, Laroche, Québec.

l'éducation n'est pas contraire à un droit garanti par l'art. 93 de la Constitution. Il en va de même de l'octroi à ces comités du pouvoir d'approbation des programmes d'études et des normes relatives à la qualification du personnel affecté à l'enseignement religieux.

Il n'y a pas lieu à ordonnance quant aux dépens.

Les cinq questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative.

Procureurs de l'appelante l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec: Colin K. Irving et Allan R. Hilton, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Fédération des commissions scolaires du Québec: Houde, Brunelle, Ste-Foy.

Procureurs de l'appelante la Commission scolaire Chomedey de Laval: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'appelant le Conseil scolaire de l'île de Montréal: Carrières, Meagher, Montréal; François Aquin, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Commission des écoles catholiques de Montréal: Martineau Walker, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs des intervenants: Bertrand, Laroche, Québec.

Edward Albert Thomas Bevan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Barry Gerald Griffith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BEVAN

File Nos.: 22366, 22389.

1993: March 5; 1993: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Trial — Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Edward Albert Thomas Bevan *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^b **Barry Gerald Griffith** *Appellant*

c.

^c **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BEVAN

N^{os} du greffe: 22366, 22389.

^d 1993: 5 mars; 1993: 17 juin.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type Vetrovec) à l'égard des témoignages d'auteurs de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

^h *Procès — Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type Vetrovec) à l'égard des témoignages d'auteurs de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

Appellants were convicted of the second degree murder of a man who had been beaten to death. The alleged motive was anger stemming from the victim's assault on a female friend of both appellants. The investigation was suspended for want of evidence strong enough to support the charge until a witness, Belmont, who had been arrested for other offences committed with the appellants, came forward with details of several incriminating conversations with Bevan. The investigation was again discontinued when Belmont's use of a body pack to try to record further incriminating evidence proved largely unsuccessful. The investigation resumed when another witness, Dietrich, who was incarcerated at the time, wrote the police and later informed them of his having helped the appellants clean a car of two tire irons and a blood-soaked carpet. He also testified to a number of incriminating statements made by the appellants. Appellants testified at trial and denied or explained any incriminating statements. Each offered alibi defences. Each also admitted to lying in statements to the police.

At trial, Dietrich read his letter, which contained statements prejudicial to the appellants, during direct examination and was cross-examined on it in an attack on his testimony and credibility based on his apparent animosity towards the appellants and on his motivations for lying to the police and at trial. The letter was subsequently marked as an exhibit and was given without objection to the jury.

The trial judge noted in her charge that credibility was important in this case, discussed generally how credibility should be assessed, and made some references to factors affecting the credibility of Belmont and Dietrich. She did not, however, give a clear sharp warning to the jury as to its being dangerous to convict the appellants on the basis of Belmont's and Dietrich's evidence unless their evidence was supported by other evidence. Nor did she instruct the jury on the use that could be made of prior inconsistent statements.

The appellants unsuccessfully appealed to the Court of Appeal. At issue here was: (1) whether the trial judge should have given the jury a clear, sharp (*Vetrovec*) warning with respect to the evidence of Dietrich and Belmont; (2) whether the trial judge was correct in her

Les appelants ont été déclarés coupables du meurtre au deuxième degré d'un homme battu à mort. Ils auraient commis le meurtre parce qu'ils en voulaient à la victime de s'être livrée à des voies de fait sur leur amie. La preuve ayant été jugée trop faible pour justifier une accusation, l'enquête a été suspendue jusqu'à ce que le témoin Belmont, qui avait été arrêté pour d'autres infractions commises avec les appelants, vienne faire part de plusieurs conversations incriminantes qu'il avait eues avec Bevan. L'enquête a de nouveau été abandonnée lorsque l'utilisation par Belmont d'un micro-émetteur de poche en vue d'obtenir d'autres déclarations incriminantes s'est avérée infructueuse dans une large mesure. L'enquête a été rouverte lorsqu'un autre témoin, Dietrich, qui était incarcéré à l'époque, a écrit à la police et l'a ensuite informée qu'il avait aidé les appelants à retirer d'une automobile deux démonte-pneus et un tapis imbibé de sang. Dans son témoignage, il a également fait état d'un certain nombre de déclarations incriminantes des appelants. Ces derniers ont témoigné à leur procès, niant ou expliquant toutes déclarations incriminantes. Ils ont tous deux invoqué un alibi comme moyen de défense et ils ont également tous deux admis avoir menti à la police.

Au cours de son interrogatoire principal pendant le procès, Dietrich a lu sa lettre qui contenait des déclarations préjudiciables aux appelants. Au cours du contre-interrogatoire, on a utilisé la lettre pour attaquer le témoignage et la crédibilité de Dietrich en se fondant sur l'animosité apparente de ce dernier à l'égard des appelants et sur ses raisons de mentir à la police et au procès. Cette lettre a été par la suite cotée comme pièce, pour être remise au jury sans qu'aucune objection ne soit soulevée.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a d'abord souligné l'importance de la crédibilité dans cette affaire, puis elle a analysé en des termes généraux la façon dont cette crédibilité devrait être appréciée avant d'évoquer les facteurs qui minaient celle de Belmont et de Dietrich. Cependant, elle n'a pas fait de mise en garde claire et précise au jury sur le danger de déclarer les appelants coupables sur la foi des témoignages de Belmont et de Dietrich à moins qu'ils ne soient appuyés par une autre preuve. Elle n'a pas non plus donné de directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles.

Les appelants ont sans succès interjeté appel devant la Cour d'appel. Les questions en litige étaient les suivantes: (1) Le juge du procès aurait-elle dû faire au jury une mise en garde claire et précise (de type *Vetrovec*) à l'égard des témoignages de Dietrich et de Belmont? (2)

instructions to the jury on the Dietrich letter or in permitting it to go as an exhibit to the Jury Room; (3) whether no substantial wrong or miscarriage of justice occurred even though the trial judge failed to instruct the jury with respect to the use that can be made of prior inconsistent statements; and (4) whether the trial judge's errors could be cured by s. 686(1)(b)(iii).

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeals should be allowed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.: The trial judge has a discretion to determine whether the evidence of any witness—not just accomplices—is for some reason untrustworthy to such an extent that a warning to the jury is necessary. *Vetrovec v. The Queen* did not establish that, if a warning is given regarding a particular witness, the trial judge must in all cases go on to point out in detail evidence which is capable of corroborating that witness' testimony. While an instruction of that nature may be made in tandem with a *Vetrovec* warning, it is not a requirement in all cases.

While it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge make some reference to evidence that the jury may consider supportive of the impugned evidence, in some cases part or all of the supporting evidence may be extremely prejudicial to the accused, such that to draw the jury's attention to that evidence in tandem with a *Vetrovec* warning could, in some circumstances, be unfair to the accused. The appropriate remedy in those circumstances lies with the discretion of the trial judge to decide whether or not the *Vetrovec* warning should be given, and if so, whether it should be accompanied by a direction as to what other specific evidence the jury might conclude is supportive of the impugned evidence. Because the trial judge is in the best position to assess the atmosphere of the trial and the effect that the evidence or instruction may have on a jury hearing the case, the trial judge's decision on these kinds of issues should not be lightly interfered with on appeal.

While under *Vetrovec* a caution to the jury is a matter of the trial judge's discretion and is not required in all cases involving testimony of accomplices or accessories after the fact, there are some cases in which the circum-

Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre de Dietrich, ou a-t-elle eu raison de permettre que celle-ci soit remise au jury en cours de délibération? (3) Bien que le juge du procès n'ait pas donné au jury des directives sur l'utilisation qui peut être faite des déclarations antérieures incompatibles, en est-il résulté un tort important ou une erreur judiciaire grave? Et (4) les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Les pourvois sont accueillis.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major: Le juge du procès peut, à sa discrétion, déterminer si la déposition d'un témoin, qu'il soit un complice ou non, est pour quelque raison si indigne de foi qu'il devient nécessaire de faire une mise en garde au jury. L'arrêt *Vetrovec c. La Reine* n'a pas établi que, si une mise en garde est faite à l'égard d'un témoin en particulier, le juge du procès doit, dans tous les cas, souligner ensuite de manière détaillée les éléments de preuve susceptibles de corroborer la déposition de ce témoin. Bien qu'une mise en garde de type *Vetrovec* puisse être assortie d'une directive semblable, il ne s'agit pas d'une exigence générale.

Bien que la mise en garde de type *Vetrovec* soit habituellement assortie de quelque mention par le juge du procès des éléments de preuve que le jury peut considérer comme corroborant la preuve contestée, dans certains cas, la preuve corroborante peut être, en totalité ou en partie, extrêmement préjudiciable à l'accusé, de sorte qu'il pourrait, dans certaines circonstances, être injuste pour ce dernier d'attirer l'attention du jury sur cette preuve au moment de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Dans ces circonstances, le redressement approprié réside dans le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider si une mise en garde de type *Vetrovec* doit être faite et, dans l'affirmative, si cette mise en garde devrait être assortie ou non d'une directive concernant les autres éléments de preuve précis que le jury pourrait considérer comme corroborant la preuve contestée. Du fait que le juge du procès est mieux placé pour évaluer l'ambiance du procès et l'effet que la preuve ou la directive peut avoir sur le jury qui entend l'affaire, la décision que prend le juge du procès sur des questions de ce genre ne devrait pas être modifiée à la légère en appel.

Même si, aux termes de l'arrêt *Vetrovec*, la mise en garde au jury relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'est pas nécessaire dans tous les cas où il est question des témoignages de complices du fait ou de

stances may be such that a *Vetrovec* caution must be given. The trial judge's discretion whether to give a *Vetrovec* warning should generally be given wide latitude by appellate courts. But a *Vetrovec* caution was clearly required here for the testimony of both Dietrich and Belmont.

Appellants' counsel at trial not only did not object, but also appeared to have wanted Dietrich's letter to go to the jury even though it contained highly prejudicial statements against the appellants. Defence counsel made a strategic decision that there was a benefit to the appellants in having the letter in the jury's possession during their deliberations in that the letter undermined Dietrich's credibility. The defence could not then complain about the disadvantages of the letter's going to the jury. Appellants, nevertheless, were entitled to a proper instruction being given to the jury as to the limited use that could be made of the letter during their deliberations. The trial judge did not instruct the jury that the letter could not be used as substantive evidence and referred to the letter in terms that could have given the jury the impression that it could be used in that manner.

In determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error an appellate court must determine if there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. While each of the errors made by the trial judge was serious, it was not necessary to reflect upon whether any one of them would have been a sufficient basis for directing a new trial. When the cumulative effect of the errors in question is considered, the curative provision should not be applied. There is a reasonable possibility that, but for the trial judge's errors, the verdict here would have been different.

The jury may have treated the evidence of Belmont and Dietrich less cautiously during their deliberations than they would have had the trial judge given a proper *Vetrovec* warning. It could not be said with any degree of certainty that, in the absence of a direction from the trial judge, the jury did not use Dietrich's letter inappropriately. Although the trial judge failed to instruct the jury as to the use to be made of prior inconsistent statements, such instruction would only have repeated the obvious fact, given defence counsels' cross-examinations and closing statements, that they concerned the credibility of witnesses. The real danger was that the

complices après le fait, il arrive parfois que les circonstances exigent que l'on fasse une mise en garde de type *Vetrovec*. Les tribunaux d'appel devraient généralement interpréter de façon libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Mais une telle mise en garde était manifestement nécessaire ici en ce qui concernait les témoignages de Dietrich et de Belmont.

Non seulement les avocats des appelants au procès ne s'y sont pas opposés, mais encore ils ont paru souhaiter que la lettre de Dietrich soit remise au jury même si elle contenait des déclarations fort préjudiciables aux appelants. Les avocats de la défense ont décidé, dans leur stratégie, que le fait que les jurés aient la lettre en leur possession au cours de leurs délibérations jouerait en faveur des appelants puisque cette lettre minait la crédibilité de Dietrich. La défense ne pouvait pas alors se plaindre des inconvénients qui découlaient de la remise de la lettre au jury. Les appelants avaient néanmoins droit à ce que les jurés reçoivent des directives appropriées quant à l'utilisation restreinte qu'ils pourraient faire de la lettre au cours de leurs délibérations. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas dit que la lettre ne pouvait être utilisée comme preuve de fond et elle en a parlé d'une façon qui peut avoir donné au jury l'impression qu'elle pourrait l'être.

Pour déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, une cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question. Bien que chacune des erreurs du juge du procès ait été grave, il n'est pas nécessaire de se demander si l'une ou l'autre de ces erreurs aurait constitué un motif suffisant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Si l'on tient compte de l'effet cumulatif des erreurs en question, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent ici en l'absence des erreurs commises par le juge du procès.

Il se peut que le jury ait, au cours de ses délibérations, considéré les témoignages de Belmont et de Dietrich avec moins de prudence qu'il ne l'aurait fait si le juge du procès avait fait une mise en garde de type *Vetrovec* suffisante. En l'absence d'une directive du juge du procès, on ne pouvait affirmer avec certitude que le jury n'a pas utilisé la lettre de Dietrich d'une façon irrégulière. Même si le juge du procès n'a pas donné au jury une directive concernant l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles, pareille directive n'aurait que réitéré le fait évident, compte tenu des contre-interrogatoires et de la plaidoirie finale des

jury may not have understood that such statements could not be used as evidence to prove the truth of their contents. This danger was exacerbated by the trial judge's making a number of comments that may have caused the jury to conclude that all prior statements (consistent or inconsistent) could be used as substantive evidence. Even though the prior inconsistent statements were not used by counsel for the purpose of proving the truth of their contents, the non-direction by the trial judge on this issue did not necessarily cause no prejudice to the appellants. The law requires an instruction of this nature because there is otherwise a risk that jurors may not be aware that they cannot use such statements as substantive evidence, irrespective of the use made of the statements by counsel.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): If, taken as a whole, the charge is fair, whatever error it may contain, it cannot amount to a miscarriage of justice and s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* will apply. Jury trials should not be presided over by courts of appeal who are removed from the atmosphere of a particular trial and have no opportunity to assess the traits of the particular jury or to hear counsels' addresses. A trial judge's discretion to deal with a trial as best fits the case over which he or she must preside is an essential element of a trial. Otherwise, a mechanical application of the rules would suffice.

A trial judge has a wide and flexible discretion as to how to instruct juries on the need for careful scrutiny of a witness' testimony. Even where there are legitimate concerns about the credibility of a witness, a clear and sharp warning may not be appropriate in every case. Appellants suffered no detriment because of the absence of a *Vetrovec* warning and, indeed, their position may well have been strengthened by the course followed by the trial judge because the evidence against them would have been emphasized when such a warning was given. The trial judge considered the propriety and need for a *Vetrovec* caution. While declining to make such a caution, she nonetheless indicated that Dietrich's evidence required careful scrutiny and directed the jury to consider whether it was consistent with other credible evidence.

Neither counsel objected to the alleged failure of the judge's charge to deal with the use to be made of prior

avocats de la défense, qu'elles concernaient la crédibilité des témoins. Le danger réel était que le jury n'ait peut-être pas compris que ces déclarations ne pouvaient être utilisées pour établir la véracité de leur contenu. Le juge du procès a aggravé ce danger en formulant un certain nombre d'observations qui peuvent avoir amené le jury à conclure que toutes les déclarations antérieures (compatibles ou non) pouvaient être utilisées comme preuve de fond. Même si les avocats n'ont pas utilisé les déclarations antérieures incompatibles pour établir la véracité de leur contenu, l'omission du juge du procès de donner des directives sur cette question n'a pas été nécessairement sans causer un préjudice aux appelants. Le droit impose des directives de cette nature parce qu'il existe par ailleurs un risque que les jurés ignorent qu'ils ne peuvent pas utiliser ces déclarations comme preuve de fond, indépendamment de l'utilisation que les avocats en font.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Si, dans son ensemble, l'exposé est équitable, quelle que soit l'erreur qu'il puisse contenir, il ne peut constituer un déni de justice et le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* s'appliquera. Les procès par jury ne devraient pas être présidés par des cours d'appel qui, coupées de l'ambiance qui règne dans un procès donné, sont dans l'impossibilité d'apprécier les traits du jury en question, ou d'entendre les exposés des avocats. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de mener le procès de la façon qui convient le mieux à l'affaire dont il est saisi est un élément essentiel du procès. S'il en était autrement, l'application mécanique des règles suffirait.

Le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire souple et étendu quant à la façon de donner des directives aux jurés sur la nécessité d'examiner minutieusement la déposition d'un témoin. Même lorsqu'il existe des doutes légitimes sur la crédibilité d'un témoin, une mise en garde claire et précise ne convient peut-être pas dans tous les cas. Les appelants n'ont subi aucun préjudice en raison de l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec* et, en réalité, il se peut fort bien que leur position ait été renforcée par la ligne de conduite adoptée par le juge du procès, puisqu'une telle mise en garde aurait fait ressortir les éléments de preuve qui leur étaient préjudiciables. Le juge du procès a considéré l'opportunité et la nécessité de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Même si elle a refusé de la faire, elle a néanmoins indiqué qu'il fallait étudier minutieusement le témoignage de Dietrich et elle a dit au jury d'examiner s'il était compatible avec d'autres témoignages crédibles.

Ni l'un ni l'autre avocat ne s'est opposé à l'allégation que le juge du procès n'a pas donné de directive de l'uti-

inconsistent statements. Those statements were put to the witnesses for the sole purpose of casting doubt on their credibility, never with the intention that they be adopted by the witnesses as evidence of the truth of their contents, and everyone assumed as much.

Although it is generally recognized that the failure to warn a jury about the use it can make of a witness' prior statement, unless adopted at trial, can be fatal in cases where a jury might accept such a statement as evidence of its truth rather than going only to credibility, this was not such a case. The judge tailored her charge to the case before her and the case did not mandate the warning in question. The statements were inconsequential and an instruction that prior inconsistent statements could undermine the credibility of witnesses would have applied to appellants as well as to the Crown witnesses. The instruction could have done the appellants more harm than good.

No miscarriage of justice occurred in the circumstances and, if necessary, s. 686(1)(b)(iii) should be applied to cure this type of defect.

Cases Cited

By Major J.

Considered: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **referred to:** *R. v. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187, aff'd [1992] 3 S.C.R. 467; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Vetrovec v. The Queen, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEALS from judgments of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 381, 44 O.A.C. 53,

lisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles. Ces déclarations ont été présentées aux témoins à la seule fin de mettre en doute leur crédibilité, et non dans le but de les faire adopter par les témoins comme preuve de la véracité de leur contenu, et c'est ce que chacun a présumé.

Même s'il est généralement reconnu que l'omission de mettre le jury en garde quant à l'utilisation qu'il peut faire de la déclaration antérieure d'un témoin, à moins que celle-ci ne soit adoptée au procès, peut être fatale dans les cas où le jury pourrait accepter une telle déclaration comme preuve de la véracité de son contenu plutôt que comme touchant seulement à la crédibilité du témoin, ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Le juge a conçu son exposé en fonction de l'affaire dont elle était saisie et cette affaire ne requérait pas la mise en garde en question. Les déclarations étaient sans conséquence et une directive selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles pourraient miner la crédibilité des témoins aurait visé ces derniers autant que les témoins à charge. La directive aurait pu causer aux appellants plus de tort que de bien.

Il n'y a pas eu de déni de justice dans les circonstances et il y a lieu, si nécessaire, d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) afin de remédier à ce genre d'erreur.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt examiné: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts mentionnés:** *R. c. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187, conf. par [1992] 3 R.C.S. 467; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Vetrovec c. La Reine, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 2 O.R. (3d) 381, 44 O.A.C.

63 C.C.C. (3d) 333, 4 C.R. (4th) 245, dismissing appeals from convictions by Boland J. sitting with jury. Appeals allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Michelle Fuerst, for the appellant Edward Albert Thomas Bevan.

Clayton C. Ruby and *Shaun Nakatsuru*, for the appellant Barry Gerald Griffith.

Scott C. Hutchison and *Karen Manarin*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major was delivered by

MAJOR J.—The appellants were convicted by a judge and jury of second degree murder in the death of Peter Hodgins. Each was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Osborne J.A. dissenting.

The appellants have appealed as of right to this Court on the points of law raised by Osborne J.A.'s dissent, that is whether the clear, sharp warning established in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, should have been given in the trial judge's charge to the jury regarding the evidence of certain Crown witnesses, and whether any substantial wrong or miscarriage of justice occurred as a result of the trial judge's failing to instruct the jury on the use to be made of prior inconsistent statements. The appellants were granted leave to argue the additional issue of the use made at trial of a letter that had been written to the police by one of the Crown witnesses.

It is my opinion that the appeals should be allowed, and a new trial ordered. In light of this result, it is not advisable to review the evidence except to the extent necessary for this decision.

53, 63 C.C.C. (3d) 333, 4 C.R. (4th) 245, qui ont rejeté les appels interjetés contre des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Boland, siégeant avec un jury. Pourvois accueillis, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Michelle Fuerst, pour l'appellant Edward Albert Thomas Bevan.

Clayton C. Ruby et *Shaun Nakatsuru*, pour l'appellant Barry Gerald Griffith.

Scott C. Hutchison et *Karen Manarin*, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAJOR—Les appelants ont été déclarés coupables, par un juge et un jury, du meurtre au deuxième degré de Peter Hodgins. Chacun d'eux a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans. Un appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté, le juge Osborne étant dissident.

Les appelants se pourvoient de plein droit devant notre Cour relativement aux points de droit soulevés par la dissidence du juge Osborne, à savoir: dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire la mise en garde claire et précise énoncée dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à l'égard des dépositions de certains témoins à charge? Et l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles a-t-elle causé un tort important ou une erreur judiciaire grave? Les appelants ont également obtenu l'autorisation de débattre la question de l'utilisation au procès d'une lettre adressée à la police par l'un des témoins à charge.

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Compte tenu de ce résultat, il ne convient pas d'examiner la preuve, si ce n'est dans la mesure nécessaire à la présente décision.

I. Facts

Hodgin's body was found on the morning of May 14, 1981, in a water-filled ditch near Stoney Creek, Ontario. Medical evidence was that he died as a result of heavy blows to the head. The time of death was estimated to be between 6:30 p.m. on May 13, 1981 and 6:30 a.m. on May 14, 1981. Greater precision was not possible as the body had been almost completely submerged in water.

Hodgin had been seen leaving the Tap Room, a Hamilton bar, with the appellant Bevan at about 10:30 p.m. on May 13, 1981. There was no evidence of the appellant Griffith's having been at that bar on that evening, or of his being seen that night with Hodgin. The Crown's theory was that Griffith had been waiting in the area in a white car, and that after Bevan and Hodgin left the Tap Room the three drove to an unknown location, where the appellants beat Hodgin to death with tire irons.

On May 2, 1981, about 11 days prior to the murder, Emily Ribble, a friend of the appellants, was assaulted by Hodgin. This was the alleged motive for the murder. It was conceded by both appellants that they were upset about the beating of Ribble by Hodgin. However, it was evident that a number of people had similar reasons to be upset with Hodgin. The evidence was that he had a history of spontaneous violence towards women, including a previous conviction for manslaughter arising out of the stabbing death of a girlfriend.

In the weeks following the murder the police received information from several witnesses inculpatating the appellants. But they considered the evidence too weak to support a charge. The investigation was suspended in early June 1981.

In late February 1982, Patrick Belmont, who had been arrested for property offences committed with the appellants, approached the police saying he had information about the murder. He told the

I. Les faits

Le 14 mai 1981 au matin, le corps de Hodgin a été découvert dans un fossé rempli d'eau, près de Stoney Creek (Ontario). Selon la preuve médicale, il est décédé entre 18 h 30, le 13 mai 1981, et 6 h 30, le 14 mai 1981, à la suite de coups violents assenés à la tête. Il a été impossible de préciser davantage l'heure du décès étant donné que le corps avait été presque complètement submergé.

Le 13 mai 1981, vers 22 h 30, on avait vu Hodgin quitter le bar Tap Room d'Hamilton en compagnie de l'appellant Bevan. Il n'y avait aucune preuve que l'appellant Griffith était allé à ce bar le même soir ou qu'il avait été aperçu en compagnie de Hodgin. Selon la théorie du ministère public, Griffith avait attendu dans les environs dans une automobile blanche et, après que Bevan et Hodgin eurent quitté le Tap Room, les trois individus s'étaient dirigés en voiture vers une destination inconnue où les appelants ont battu à mort Hodgin au moyen de démonte-pneus.

Le 2 mai 1981, environ 11 jours avant le meurtre, Hodgin s'était livré à des voies de fait sur Emily Ribble, une amie des appelants. Il s'agirait du motif du meurtre. Les appelants ont tous deux reconnu que la raclée que Hodgin avait flanquée à Ribble les avait mis en rogne. Toutefois, il est évident qu'un certain nombre de personnes avaient des raisons semblables d'en vouloir à Hodgin. La preuve a démontré que ce dernier avait des antécédents de violence spontanée envers les femmes et qu'il avait notamment déjà été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable pour avoir poignardé à mort une amie.

Au cours des semaines qui ont suivi le meurtre, la police a reçu de plusieurs témoins des renseignements incriminant les appelants. Elle a toutefois jugé la preuve trop faible pour justifier une accusation. L'enquête a été suspendue au début de juin 1981.

À la fin du mois de février 1982, Patrick Belmont, qui avait été arrêté pour des infractions contre des biens commises avec les appelants, est venu dire à la police qu'il possédait des renseignements

police about several incriminating conversations he had with Bevan. He agreed to wear a bodypack and attempt to elicit further incriminating statements from the appellants. The bodypack was suggested by the police because they viewed Belmont as unreliable.

According to Belmont, he had further conversations with Bevan, and with Griffith, in which each of the appellants implicated themselves in the murder. However, due to malfunctions of the bodypack equipment, only about 20 percent of the conversations were audible to the police, none of which was incriminating.

In the spring of 1982, there was insufficient evidence to lay charges against the appellants, and the investigation was again discontinued.

In August 1986, Stefan Dietrich, who was serving a three-year sentence at Warkworth Penitentiary, wrote to Sgt. Ryan of the Hamilton-Wentworth Regional Police Force that he had information concerning Hodgin's murder. The investigation was reactivated.

At the time of the murder, Dietrich was a 16-year-old chronic drug and alcohol abuser living with the appellant Griffith. Dietrich testified that one evening in May 1981, the appellants left together in a car. The next day, Dietrich was asked to help the appellants clean out the car, whose trunk contained two tire irons and a blood-soaked carpet. Dietrich put all of the contents from the trunk into green garbage bags, and placed the bags at the front of Griffith's driveway for municipal garbage pickup. Dietrich also testified to a number of incriminating statements made by the appellants, particularly Griffith.

The appellants were arrested in September 1986. At their trial they testified in their own defence, denying or explaining the inculpatory statements allegedly made in the presence of Dietrich, Belmont, and/or other witnesses. As well each of them offered alibi defences.

sur le meurtre. Il a fait part à la police de plusieurs conversations incriminantes qu'il avait eues avec Bevan. À la suggestion de la police qui ne le jugeait pas fiable, Belmont a consenti à porter un micro-émetteur de poche en vue d'obtenir des appellants d'autres déclarations incriminantes.

Belmont a affirmé avoir eu d'autres conversations avec Bevan et Griffith, au cours desquelles ils se sont tous deux compromis relativement au meurtre. Toutefois, en raison du mauvais fonctionnement du micro-émetteur, la police n'a pu entendre que 20 pour 100 des conversations, lesquelles n'étaient pas incriminantes.

Au printemps 1982, comme il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations contre les appelants, l'enquête a de nouveau été abandonnée.

En août 1986, Stefan Dietrich, qui purgeait alors une peine de trois ans au pénitencier de Warkworth, a écrit au sergent Ryan de la police régionale de Hamilton-Wentworth pour l'informer qu'il possédait des renseignements au sujet du meurtre de Hodgin. L'enquête a alors été rouverte.

À l'époque où le meurtre a été commis, Dietrich, un narcomane et alcoolique âgé de 16 ans, vivait avec l'appelant Griffith. Il a témoigné qu'un soir de mai 1981 les appelants étaient partis ensemble en automobile. Le jour suivant, ils ont demandé à Dietrich de les aider à nettoyer l'automobile dont le coffre contenait deux démonte-pneus et un tapis imbibé de sang. Dietrich a placé tout le contenu du coffre dans des sacs à ordures verts qu'il a déposés à l'avant de l'entrée de Griffith pour la collecte d'ordures municipale. Dans son témoignage, Dietrich a également fait état d'un certain nombre de déclarations incriminantes des appelants et, en particulier, de Griffith.

Les appelants ont été arrêtés en septembre 1986. À leur procès, ils ont témoigné pour leur propre défense, niant ou expliquant les déclarations inculpatrices qui auraient été faites en présence de Dietrich, de Belmont ou d'autres témoins. En outre, ils ont tous deux invoqué un alibi comme moyen de défense.

The appellants admitted in their testimony at trial that each had lied in statements to the police. After his September 1986 arrest, the appellant Griffith gave a statement exculpating himself but inculpating Bevan. At his trial, Griffith denied the truth of the parts of his statement inculpating Bevan, stating that he was confused when he gave the statement and told the police what he thought they wanted to hear because he was scared.

The appellant Bevan did not give the police a statement in 1986, but in a statement made to them shortly after the murder, he falsely stated he and Ribble had gone to Ribble's mother's on May 13, 1981. Bevan admitted that he lied to the police about how he had injured his hand about the time of the murder. There was evidence, some admitted and some denied by Bevan, that he had asked other witnesses to lie to the police about various matters related to his conduct around the date of the murder.

Crucial evidence against the appellants was the testimony of Dietrich, and, to a lesser extent, Belmont. In her charge to the jury, the trial judge noted credibility was important in this case, discussed generally how credibility should be assessed, and made some references to factors affecting the credibility of Belmont and Dietrich. She did not, however, in the language of *Vetrovec* give a clear sharp warning to the jury as to its being dangerous to convict the appellants on the basis of the evidence of Belmont and Dietrich unless their evidence was supported by other evidence. Nor did she instruct the jury on the use that could be made of prior inconsistent statements.

Dietrich's letter of August 1986 was read aloud by him during his direct examination. It contained a number of statements prejudicial to the appellants. Defence counsel then used the letter in cross-examination to attack Dietrich's testimony and credibility, on the basis of Dietrich's apparent animosity towards the appellants and his motivations

Au cours de leurs témoignages au procès, les appelants ont admis avoir menti à la police. Après son arrestation en septembre 1986, l'appellant Griffith a fait une déclaration qui le disculpait tout en inculpant Bevan. À son procès, Griffith a désavoué les parties de sa déclaration qui incriminaient Bevan, en déclarant qu'il était confus au moment où il a fait cette déclaration et où il a raconté à la police ce qu'elle voulait entendre parce qu'il avait peur.

En 1986, l'appellant Bevan n'a fait aucune déclaration à la police, mais peu après le meurtre, il lui a faussement déclaré que lui et Ribble s'étaient rendus chez la mère de cette dernière, le 13 mai 1981. Bevan a également reconnu avoir menti à la police concernant la blessure qu'il s'était infligée à la main à l'époque du meurtre. Il y avait une preuve, en partie admise et en partie niée par Bevan, que ce dernier avait demandé à d'autres témoins de mentir à la police au sujet de diverses questions relatives à son comportement vers la date du meurtre.

Le témoignage de Dietrich et, dans une moindre mesure, celui de Belmont constituaient une preuve cruciale contre les appelants. Dans son exposé au jury, le juge du procès a d'abord souligné l'importance de la crédibilité dans cette affaire, puis elle a analysé en des termes généraux la façon dont cette crédibilité devrait être appréciée avant d'évoquer les facteurs qui minaient celle de Belmont et de Dietrich. Cependant, elle n'a pas, pour reprendre les termes de l'arrêt *Vetrovec*, fait une mise en garde claire et précise au jury sur le danger de déclarer les appelants coupables sur la foi des témoignages de Belmont et de Dietrich à moins qu'ils ne soient appuyés par une autre preuve. Elle n'a pas non plus donné de directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles.

Au cours de son interrogatoire principal, Dietrich a lu à haute voix la lettre qu'il avait écrite en août 1986. Elle contenait un certain nombre d'affirmations préjudiciables aux appelants. Au cours du contre-interrogatoire, les avocats de la défense ont utilisé la lettre pour attaquer le témoignage et la crédibilité de Dietrich en se fondant sur l'animo-

for lying to the police and at trial. It was subsequently marked as an exhibit and without objection was given to the jury.

II. Judgments in the Court of Appeal for Ontario

The Court of Appeal was unanimous in rejecting the appellants' arguments on Dietrich's letter to the police.

The majority, Galligan and Tarnopolsky JJ.A., was of the view that the trial judge properly exercised her discretion against giving a *Vetrovec* caution.

They also held that the failure of the trial judge to instruct the jury on the use to be made of prior inconsistent statements, while in error, was of no consequence as it would have been clear to the jury that the prior inconsistent statements were relevant only to assessing the credibility of the witnesses.

The curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was applied and the appeal dismissed.

Osborne J.A. dissented. In his view, a *Vetrovec* caution was required with respect to the evidence of Dietrich and Belmont, and in the circumstances of this case the trial judge's warning was insufficient.

He found that the prior inconsistent statements were important in assessing credibility of the witnesses, and that the prior inconsistent statements of Dietrich and Belmont could have seriously prejudiced the appellants if those statements were used as evidence of the truth of their contents. He concluded that the trial judge's failure to instruct the jury on the use that could be made of prior inconsistent statements could not be cured by application of s. 686(1)(b)(iii).

sité apparente de ce dernier à l'égard des appelants et sur ses raisons de mentir à la police et au procès. Cette lettre a été par la suite cotée comme pièce, pour être remise au jury sans qu'aucune objection ne soit soulevée.

II. Les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'argumentation des appelants relative à la lettre adressée à la police par Dietrich.

La cour à la majorité, formée des juges Galligan et Tarnopolsky, était d'avis que le juge du procès avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en ne faisant pas une mise en garde de type *Vetrovec*.

Ceux-ci ont également jugé que, même s'il s'agissait d'une erreur, l'omission du juge du procès de donner des directives au jury sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles était sans conséquence puisque il aurait été clair pour le jury que les déclarations antérieures incompatibles n'étaient pertinentes que pour apprécier la crédibilité des témoins.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, a été appliquée et l'appel a été rejeté.

Le juge Osborne était dissident. À son avis, il fallait faire une mise en garde de type *Vetrovec* relativement aux témoignages de Dietrich et de Belmont et, dans les circonstances de l'espèce, celle du juge du procès était insuffisante.

Il a statué que les déclarations antérieures incompatibles étaient importantes pour apprécier la crédibilité des témoins et que celles de Dietrich et de Belmont auraient pu causer un préjudice grave aux appelants si elles avaient été utilisées pour établir la véracité de leur contenu. Le juge a conclu qu'on ne pouvait, en invoquant le sous-al. 686(1)(b)(iii), remédier à l'omission du juge du procès de donner des directives au jury sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles.

III. Points in Issue

This appeal raises these issues:

1. Did the majority of the Court of Appeal for Ontario err in holding that the trial judge was correct in not giving the jury a clear sharp warning with respect to the evidence of Dietrich and Belmont?
2. Did the Court of Appeal for Ontario err in holding there was no error by the trial judge in either her instructions to the jury on the Dietrich letter or in permitting it to go as an exhibit to the Jury Room?
3. Did the majority of the Court of Appeal for Ontario err by holding that although the trial judge was wrong in failing to instruct the jury with respect to the use that can be made of prior inconsistent statements no substantial wrong or miscarriage of justice occurred?
4. Can the errors made by the trial judge be cured by s. 686(1)(b)(iii)?

IV. Analysis

1. The *Vetrovec* Issue

The first ground of appeal requires a determination of what *Vetrovec* established. In *Vetrovec*, the appellants had been convicted at trial on a charge of conspiracy to traffic in heroin. An accomplice had testified for the Crown, and the trial judge warned the jury of the danger of convicting on the basis of uncorroborated evidence of an accomplice. On appeal, the appellants did not object to this part of the trial judge's charge, but argued that the part of the charge dealing with the evidence that was capable of corroborative effect was improper.

In the course of giving judgment for this Court, Dickson J. (as he then was) considered the traditional, "fixed and invariable" rule of law that a warning to the jury was automatically required on

III. Les questions en litige

Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait eu raison de ne pas faire au jury une mise en garde claire et précise à l'égard des témoignages de Dietrich et de Belmont?
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'avait commis aucune erreur dans les directives qu'elle a données au jury concernant la lettre de Dietrich, ou en permettant que celle-ci soit remise au jury en cours de délibération?
3. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a-t-elle commis une erreur en concluant que, bien que le juge du procès ait eu tort de ne pas donner au jury de directives sur l'utilisation qui peut être faite des déclarations antérieures incompatibles, il n'en est résulté aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave?
4. Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)?

IV. Analyse

1. La question de l'arrêt *Vetrovec*

Pour trancher le premier moyen d'appel, il faut déterminer ce que l'arrêt *Vetrovec* a établi. Dans cette affaire, les appelants avaient, au procès, été déclarés coupables de complot en vue de faire le trafic d'héroïne. Un complice avait témoigné pour le ministère public et le juge du procès avait prévenu le jury du danger de déclarer quelqu'un coupable sur la foi du témoignage non corroboré d'un complice. En appel, les appelants ne se sont pas opposés à cette partie de l'exposé du juge du procès, mais ils ont soutenu que la partie de l'exposé portant sur les éléments de preuve susceptibles de constituer une corroboration n'était pas approuvée.

En rendant jugement au nom de notre Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la règle de droit «unique et invariable» traditionnelle, selon laquelle le témoignage d'un complice

the evidence of an accomplice, and ultimately rejected that traditional rule in favour of a flexible, discretionary rule. Under the new rule, the trial judge has a discretion to determine whether the evidence of any witness—not just accomplices—is for some reason untrustworthy to such an extent that a warning to the jury is necessary. He stated at p. 823:

All that can be established is that the testimony of some accomplices may be untrustworthy. But this can be said of many other categories of witness. There is nothing inherent in the evidence of an accomplice which automatically renders him untrustworthy. To construct a universal rule singling out accomplices, then, is to fasten upon this branch of the law of evidence a blind and empty formalism. Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an 'accomplice' no warning is necessary.

Dickson J. later commented upon the practice that should be followed by trial judges in charging juries regarding untrustworthy witnesses (at pp. 831-32):

Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness. There is no magic in the word corroboration, or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support. The idea implied in those words may, however, in an appropriate case, be effectively and efficiently transmitted to the mind of the trier of fact. This may entail some illustration from the evidence of the particular case of the type of evidence, documentary or testimonial, which might be drawn upon by the juror in confirmation of the witness' testimony or some important part thereof. I do not wish to be taken as saying that such illustration must be carried to exhaustion. How-

requiert automatiquement une mise en garde au jury, pour en définitive l'écartier pour adopter une règle souple et discrétionnaire. En vertu de cette nouvelle règle, le juge du procès peut, à sa discrétion, déterminer si la déposition d'un témoin, qu'il soit un complice ou non, est pour quelque raison si indigne de foi qu'il devient nécessaire de faire une mise en garde au jury. Voici ce qu'il affirme, à la p. 823:

Tout ce qu'on peut établir, c'est que le témoignage de certains complices peut ne pas être digne de foi. On peut en dire autant de beaucoup d'autres catégories de témoin. Il n'y a rien d'inhérent au témoignage d'un complice qui le rende nécessairement indigne de foi. Imposer une règle universelle singularisant les complices revient donc à attacher à ce domaine du droit de la preuve un formalisme aveugle et vide de sens. Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire.

Le juge Dickson a ensuite commenté la pratique que les juges du procès devraient adopter en donnant aux jurés des directives concernant les témoins indignes de foi (aux pp. 831 et 832):

À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. Ni le mot corroboration ni aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique. On peut, au besoin, transmettre efficacement au juge des faits l'idée que connotent ces mots. Le processus peut exiger des exemples, tirés de la preuve de l'affaire en cause, qui illustrent le type de preuve, documentaire ou testimoniale, dans laquelle le jury peut trouver une confirmation de la déposition du témoin ou d'une partie importante de celle-ci. Je ne veux pas dire qu'il faut donner tous les exemples possibles. Cependant, il arrive parfois,

ever, there is, in some circumstances, particularly in lengthy trials, the need for helpful direction on the question of sifting the evidence where guilt or innocence might, and probably will turn on the acceptance or rejection, belief or disbelief, of the evidence of one or more witnesses.

I do not interpret Dickson J.'s reasons for judgment in *Vetrovec* to have established a rule that if a warning is given regarding a particular witness, the trial judge must in all cases go on to point out in detail evidence which is capable of corroborating that witness' testimony. While an instruction of that nature may be made in tandem with a *Vetrovec* warning, Dickson J. did not intend this to be a requirement in all cases. This conclusion is supported by the manner in which Dickson J. dealt with the issue of corroborative evidence in relation to the facts at issue in *Vetrovec*. The trial in that case lasted more than 100 days, and the charge to the jury took six days. Obviously it was more complicated than this trial. The trial judge in *Vetrovec* warned the jury about the danger of convicting the appellants on the evidence of the accomplice unless that evidence was corroborated in some material particular by other evidence. Despite the complexity of the evidence in that case, Dickson J. expressed the opinion, at p. 832, that it was not necessary for the trial judge to then go on to outline the evidence capable of corroborating the accomplice's testimony:

I return to the facts of the present case. In light of my earlier comments, it would have been sufficient for the trial judge simply to have instructed the jury that they should view the testimony of Langvand with great caution, and that it would be wise to look for other supporting evidence before convicting the appellants.

The principles discussed in *Vetrovec* were slightly refined in *R. v. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187 (Ont. C.A.), aff'd [1992] 3 S.C.R. 467. In that case, it was held that if a trial judge decides to give a *Vetrovec* warning and there is evidence capable of corroborating the testimony of the wit-

surtout dans les très longs procès, qu'il soit nécessaire d'aider le jury, par des directives, à passer la preuve au crible si la déclaration de culpabilité ou l'acquittement peuvent dépendre et dépendront tout probablement de l'acceptation ou du rejet de la déposition d'un ou de plusieurs témoins ou encore du fait d'y ajouter foi ou de ne point la croire.

Je ne considère pas que, dans les motifs qu'il a rédigés dans *Vetrovec*, le juge Dickson a établi une règle voulant que, si une mise en garde est faite à l'égard d'un témoin en particulier, le juge du procès doit, dans tous les cas, souligner ensuite de manière détaillée les éléments de preuve susceptibles de corroborer la déposition de ce témoin. Bien qu'une mise en garde de type *Vetrovec* puisse être assortie d'une directive semblable, le juge Dickson ne voulait pas en faire une exigence générale. Cette conclusion est étayée par la façon dont le juge Dickson a tranché la question de la preuve corroborante relativement aux faits en cause dans *Vetrovec*. Dans cette affaire, le procès a duré plus de 100 jours et l'exposé au jury en a duré six. De toute évidence, l'affaire était plus compliquée que celle qui nous occupe. Dans *Vetrovec*, le juge du procès a prévenu le jury du danger de déclarer les appelants coupables sur la foi du témoignage d'un complice, à moins que ce témoignage ne soit corroboré sur quelque détail essentiel par une autre preuve. En dépit de la complexité de la preuve dans cette affaire, le juge Dickson s'est dit d'avis, à la p. 832, qu'il n'était pas nécessaire que le juge du procès souligne ensuite les éléments de preuve susceptibles de corroborer le témoignage d'un complice:

Je reviens aux faits de l'espèce. À la lumière des commentaires qui précèdent, il aurait suffi que le juge du procès dise simplement aux jurés qu'ils devaient considérer le témoignage de Langvand avec beaucoup de précautions et qu'il serait prudent de chercher d'autres éléments de preuve complémentaire avant de déclarer les appelants coupables.

Les principes analysés dans *Vetrovec* ont été légèrement précisés dans *R. c. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187 (C.A. Ont.), conf. par [1992] 3 R.C.S. 467. Dans cette affaire, on a conclu que, si le juge du procès décide de faire une mise en garde de type *Vetrovec* et qu'il existe une preuve suscep-

ness in question, “the trial judge should make some reference to that supporting evidence” (Ont. C.A., at p. 190). The extent to which the trial judge should refer to potentially corroborative evidence depends upon the circumstances of the case, although it is obviously not required, nor would it be appropriate, that the potentially corroborative evidence be reviewed exhaustively.

While it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge make some reference to evidence that the jury may consider supportive of the impugned evidence, in some cases part or all of the supporting evidence may be extremely prejudicial to the accused, such that to draw the jury’s attention to that evidence in tandem with a *Vetrovec* warning could in some circumstances be unfair to the accused.

I do not agree that the only remedy for this problem lies in not giving a *Vetrovec* warning. Instead, the appropriate remedy in those circumstances lies with the discretion of the trial judge to decide in the particular case (perhaps following argument) if a *Vetrovec* warning is to be given, and, if so, whether it should or should not be accompanied by a direction as to what other specific evidence the jury might conclude is supportive of the impugned evidence.

The trial judge’s decision on this type of question is similar in principle to the decisions often made by trial judges as to whether to admit cogent but prejudicial evidence. Where that kind of issue arises, the trial judge decides whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. Because the trial judge is in the best position to assess the atmosphere of the trial and the effect that the evidence or instruction may have on a jury hearing the case, the trial judge’s decision on these kinds of issues should not be lightly interfered with on appeal.

tible de corroborer la déposition du témoin en question, [TRADUCTION] «le juge du procès devrait faire une mention quelconque de cette preuve à l’appui» (C.A. Ont., à la p. 190). La mesure dans laquelle le juge du procès devrait mentionner la preuve potentiellement corroborante dépend des circonstances de l’affaire, bien qu’il ne soit évidemment ni nécessaire ni approprié que la preuve potentiellement corroborante fasse l’objet d’une analyse exhaustive.

Bien que la mise en garde de type *Vetrovec* soit habituellement assortie de quelque mention par le juge du procès des éléments de preuve que le jury peut considérer comme corroborant la preuve contestée, dans certains cas, la preuve corroborante peut être, en totalité ou en partie, extrêmement préjudiciable à l’accusé, de sorte qu’il pourrait, dans certaines circonstances, être injuste pour ce dernier d’attirer l’attention du jury sur cette preuve au moment de faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

Je ne suis pas d’accord pour dire que la seule façon de remédier à ce problème consiste à ne pas faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Dans ces circonstances, le redressement approprié réside dans le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider, dans un cas donné (peut-être à la suite des plaidoiries), si une mise en garde de type *Vetrovec* doit être faite et, dans l’affirmative, si cette mise en garde devrait être assortie ou non d’une directive concernant les autres éléments de preuve précis que le jury pourrait considérer comme corroborant la preuve contestée.

La décision du juge du procès sur une telle question est semblable en principe aux décisions que les juges de procès prennent souvent quant à la recevabilité d’une preuve pertinente mais préjudiciable. Lorsque ce genre de question se pose, le juge du procès décide si la valeur probante de la preuve l’emporte sur son effet préjudiciable. Du fait que le juge du procès est mieux placé pour évaluer l’ambiance du procès et l’effet que la preuve ou la directive peut avoir sur le jury qui entend l’affaire, la décision que prend le juge du procès sur des questions de ce genre ne devrait pas être modifiée à la légère en appel.

Had this trial occurred prior to *Vetrovec*, a caution would have been required on the testimony of Dietrich. Although Dietrich was not an accomplice, he was an accessory after the fact. In *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, it was held that the same rule of caution applied to the testimony of an accessory after the fact as to the testimony of an accomplice.

In submissions made to the trial judge prior to the charge to the jury, defence counsel urged the trial judge to include an “unsavoury witness” warning in her charge, as did Crown counsel who stated:

Perhaps starting with the easy ones. The unsavoury witness. It is a matter of discretion. However, based on all the evidence your ladyship has before you I would urge your ladyship to give instructions to the jury on that basis.

While under *Vetrovec* a caution to the jury is a matter of the trial judge’s discretion and is not required in all cases involving testimony of accomplices or accessories after the fact, there are some cases in which the circumstances may be such that a *Vetrovec* caution must be given. The trial judge’s discretion whether to give a *Vetrovec* warning should generally be given wide latitude by appellate courts. But in my respectful view a *Vetrovec* caution was clearly required in this case with respect to the testimony of both Dietrich and Belmont.

Both of them had lengthy criminal records, had strong motivations to lie, and approached the police only when each perceived that some benefit—such as release from prison, a discontinuation of charges against them, or cash payments—could be obtained in exchange for their testimony. Both of them explicitly told the police at the time they came forward that they were seeking a “deal” in exchange for their evidence against the appellants. Moreover, the evidence of Belmont

Si le procès en l’espèce avait précédé l’arrêt *Vetrovec*, le témoignage de Dietrich aurait nécessité une mise en garde. Même si Dietrich n’était pas un complice du fait, il était un complice après le fait. Dans *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, on a conclu qu’il faut appliquer au témoignage d’un complice après le fait la même règle de prudence qu’à celui du complice du fait.

Dans les arguments qu’ils ont soumis au juge du procès avant l’exposé au jury, les avocats de la défense l’ont pressée de mettre le jury en garde contre les [TRADUCTION] «témoins à la moralité équivoque», à l’instar du substitut du procureur général qui a affirmé:

[TRADUCTION] Pour commencer peut-être par les faciles. Les témoins à la moralité équivoque. C’est une question de discrétion. Toutefois, compte tenu de l’ensemble de la preuve dont vous êtes saisie, je prierais Votre Seigneurie de donner des directives au jury à cet égard.

Même si, aux termes de l’arrêt *Vetrovec*, la mise en garde au jury relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n’est pas nécessaire dans tous les cas où il est question des témoignages de complices du fait ou de complices après le fait, il arrive parfois que les circonstances exigent que l’on fasse une mise en garde de type *Vetrovec*. Les tribunaux d’appel devraient généralement interpréter de façon libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Mais à mon avis, une telle mise en garde était manifestement nécessaire dans la présente affaire en ce qui concernait les témoignages de Dietrich et de Belmont.

Tous deux avaient un lourd casier judiciaire et de bonnes raisons de mentir, et ils n’ont communiqué avec la police que lorsqu’ils ont cru que leurs témoignages pourraient leur procurer un avantage, comme une mise en liberté, un abandon des accusations portées contre eux ou des paiements en argent. Au moment où ils se sont présentés, ils ont tous deux mentionné explicitement à la police qu’ils cherchaient à conclure un marché en échange de leurs témoignages contre les appelants. En outre, les témoignages de Belmont et de Dietrich incriminaient les appelants et consti-

and Dietrich was incriminating to the appellants, and crucial to the Crown's case.

The trial judge was aware of the issue of credibility and made reference to factors that could specifically affect the credibility of Dietrich and Belmont, but she did not convey to the jury a clear sharp warning. The references made by the trial judge to the evidence of Dietrich and Belmont were made in the course of a seriatim review of the evidence given by all of the witnesses who testified at trial. The trial judge used much the same language in addressing the evidence of Dietrich and Belmont as she did in addressing the evidence of other witnesses, both individually and in a general sense.

After the trial judge's charge to the jury, defence counsel argued that the charge was insufficient with respect to the "unsavoury witness" warning, but the trial judge declined to recharge the jury. It is not clear from the trial judge's comments in the discussions following her charge to the jury whether she was of the view that she had given an adequate *Vetrovec* warning, or whether she had decided not to give such a warning. In either event, the trial judge's charge to the jury lacked the clear and sharp warning required by *Vetrovec* to attract the attention of the jury to the risk of adopting, without more, the evidence of Dietrich and Belmont.

2. The Dietrich Letter

The key point in dealing with the question of whether the trial judge erred in permitting the Dietrich letter to go to the jury is that the appellants' counsel at trial not only did not object, but appeared to have wanted the letter to go to them. Defence counsel made a strategic decision that there was benefit to the appellants in having the letter in the jury's possession during their deliberations, in that the letter undermined Dietrich's credibility. It is not now open to the appellants, having

tuaiement un élément crucial de la preuve du ministère public.

Le juge du procès était consciente de la question de crédibilité et elle a mentionné les facteurs qui pourraient précisément miner la crédibilité de Dietrich et de Belmont, mais elle n'a pas fait de mise en garde claire et précise au jury. Ses allusions aux témoignages de Dietrich et de Belmont ont été faites dans le cadre d'un examen séquentiel des dépositions de tous les témoins qui avaient témoigné au procès. En examinant les témoignages de Dietrich et de Belmont, le juge du procès a tenu à peu près le même langage que lorsqu'elle a examiné ceux des autres témoins, à la fois individuellement et généralement.

Après l'exposé du juge du procès au jury, les avocats de la défense ont soutenu que cet exposé était insuffisant en ce qui concernait la mise en garde contre les «témoins à la moralité équivoque», mais le juge du procès a refusé de donner au jury de nouvelles directives. Les observations que le juge du procès a faites au cours des discussions qui ont suivi son exposé au jury ne révèlent pas clairement si elle estimait avoir fait une mise en garde de type *Vetrovec* suffisante ou si elle avait plutôt décidé de ne pas faire une telle mise en garde. Quoi qu'il en soit, l'exposé du juge du procès au jury ne contenait pas la mise en garde claire et précise requise par *Vetrovec* pour attirer l'attention du jury sur le danger de retenir sans plus les témoignages de Dietrich et de Belmont.

2. La lettre de Dietrich

L'élément clé relativement à la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en permettant que la lettre de Dietrich soit remise au jury est que, non seulement les avocats des appellants au procès ne s'y sont pas opposés, mais encore ils ont paru souhaiter que la lettre lui soit remise. Les avocats de la défense ont décidé, dans leur stratégie, que le fait que les jurés aient la lettre en leur possession au cours de leurs délibérations jouerait en faveur des appelants puisque cette lettre minait la crédibilité de Dietrich. Les appelants ne peuvent maintenant, après avoir pris cette décision,

made that decision, to complain about the disadvantages of Dietrich's letter's going to the jury.

However, the appellants were still entitled to a proper instruction being given to the jury as to the limited use that could be made of the letter during their deliberations. The letter contained highly prejudicial statements against the appellants, including a suggestion that the appellants wanted Dietrich dead because of his knowledge about the murder (Dietrich did not adopt this in his testimony).

The trial judge did not instruct the jury that the letter could not be used as substantive evidence, and referred to the letter in terms that may have given the jury the impression that it could be used in that manner. In her charge to the jury, the trial judge noted the importance of Dietrich's testimony, and referred to his letter as a "very interesting piece of evidence". She had also instructed the jury that the "filed exhibits" were "evidence".

3. Can the Trial Judge's Error in Failing to Instruct the Jury with Respect to the Use that can be Made of Prior Inconsistent Statements be Cured by s. 686(1)(b)(iii)?

Since this issue requires a consideration of the approach to be taken to s. 686(1)(b)(iii), I will address it in the course of assessing whether all of the trial judge's errors can be cured by that provision.

4. Should the Curative Provision be Applied in this Case?

The question to be asked in determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error is whether "the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred": see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, per Cartwright J. (as he then was), at p. 744; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29. This test has also been expressed in terms of whether there is any possi-

se plaindre des inconvénients qui découlent de la remise de la lettre de Dietrich au jury.

Cependant, les appelants avaient tout de même droit à ce que les jurés reçoivent des directives appropriées quant à l'utilisation restreinte qu'ils pourraient faire de la lettre au cours de leurs délibérations. Cette lettre contenait des déclarations fort préjudiciables aux appelants, dont une indication qu'ils souhaitaient la mort de Dietrich en raison de ce qu'il savait du meurtre (ce que Dietrich n'a pas retenu dans son témoignage).

Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas dit que la lettre ne pouvait être utilisée comme preuve de fond et elle en a parlé d'une façon qui peut avoir donné au jury l'impression qu'elle pourrait l'être. Dans ces mêmes directives, le juge du procès a souligné l'importance du témoignage de Dietrich et a dit de sa lettre qu'elle constituait un [TRADUCTION] «élément de preuve très intéressant». Elle a aussi indiqué au jury que les «pièces produites» constituaient des «éléments de preuve».

3. L'erreur que le juge du procès a commise en ne donnant pas au jury des directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles peut-elle être réparée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)?

Puisque cette question exige un examen de la façon dont il faut aborder le sous-al. 686(1)(b)(iii), j'y répondrai en décidant si l'ensemble des erreurs du juge du procès peuvent être réparées par application de cette disposition.

4. La disposition réparatrice devrait-elle s'appliquer en l'espèce?

Pour déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut se demander si «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite»: voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 744; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329. On a également formulé le critère de la façon suivante: existe-t-il une possibilité que, n'eût été l'erreur

bility that if the error had not been committed, a judge or properly instructed jury would have acquitted the accused: see *Colpitts*, per Spence J., at p. 756; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, per Sopinka J., at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, per Iacobucci J. at pp. 736-37. I do not interpret these two approaches as being intended to convey different meanings. Under either approach, the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made.

While each of the errors made by the trial judge in this case was serious in nature, it is not necessary to reflect upon whether any one of those errors, if it were the sole error by the trial judge, would have been a sufficient basis for directing a new trial. When the cumulative effect of the errors in question is considered, in my view this is clearly not a case in which it would be appropriate to apply the curative provision. In all the circumstances of this case there is a reasonable possibility that, but for the trial judge's errors, the verdict would have been different.

The jury may have treated the evidence of Belmont and Dietrich less cautiously during their deliberations than they would have had the trial judge given a proper *Vetrovec* warning. As for Dietrich's letter, it is noteworthy that the jury asked the trial judge if there was a signed statement of Dietrich. There was no such statement available, but the jury had Dietrich's letter with them. It is difficult to say with any degree of certainty in the absence of a direction from the trial judge that the jury did not use Dietrich's letter inappropriately.

This leaves the matter of the trial judge's failure to instruct the jury as to the use to be made of prior inconsistent statements. In light of the manner in which the prior inconsistent statements were utilized in cross-examination of various witnesses and in the closing submissions of defence counsel, the jury surely understood that the credibility of

commise, le juge ou un jury ayant reçu des directives appropriées ait acquitté l'accusé?: voir *Colpitts*, le juge Spence, à la p. 756; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, le juge Iacobucci, aux pp. 736 et 737. Je ne crois pas que ces deux énoncés aient un sens différent. Dans les deux cas, la tâche de la cour d'appel consiste à déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question.

Bien que chacune des erreurs du juge du procès en l'espèce ait été grave, il n'est pas nécessaire de se demander si l'une ou l'autre de ces erreurs, dans l'hypothèse où elle aurait été la seule commise par le juge du procès, aurait constitué un motif suffisant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. J'estime que, si l'on tient compte de l'effet cumulatif des erreurs en question, il ne s'agit manifestement pas d'un cas où il conviendrait d'appliquer la disposition réparatrice. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence des erreurs commises par le juge du procès.

Il se peut que le jury ait, au cours de ses délibérations, considéré les témoignages de Belmont et de Dietrich avec moins de prudence qu'il ne l'aurait fait si le juge du procès avait fait une mise en garde de type *Vetrovec* suffisante. Quant à la lettre de Dietrich, il convient de noter que le jury a demandé au juge du procès s'il existait une déclaration signée de Dietrich. Il n'y en avait aucune, mais le jury était en possession de la lettre de Dietrich. En l'absence d'une directive du juge du procès, on peut difficilement affirmer avec certitude que le jury n'a pas utilisé la lettre de Dietrich d'une façon irrégulière.

Reste la question de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles. Compte tenu de la façon dont les déclarations antérieures incompatibles ont été utilisées au cours du contre-interrogatoire de différents témoins et dans le cadre de la plaidoirie

witnesses was affected by prior inconsistent statements made by those witnesses. An instruction by the trial judge in this regard would have only repeated what was already patently obvious to the jury in the context of the trial proceedings in this case.

The real danger flowing from the failure of the trial judge to instruct the jury on the use that may be made of prior inconsistent statements is that the jury may not have understood that such statements could not be used as evidence to prove the truth of their contents. This danger was exacerbated by the trial judge's making a number of comments that may have caused the jury to conclude that all prior statements (consistent or inconsistent) could be used as substantive evidence. During the course of her charge to the jury, the trial judge stated:

A fact may be established by direct or circumstantial evidence or by a combination of both. Direct evidence consists of concrete objects, written statements, the testimony of witnesses of things he saw, he perceived through his senses. Something the witness has seen, heard, felt. Example - the photographs and signed statements given to the police by each of the accused which have been filed as exhibits, that is direct evidence.

While the trial judge explained to the jury that statements by the accused could be used as substantive evidence, she did not instruct the jury that they could not also utilize prior statements by a witness as evidence of the truth of their contents. She instructed the jury that newspaper articles that had been filed as exhibits were not filed as evidence of the truth of their contents. This instruction, combined with the absence of instruction as to the use that could be made of witness statements generally, may have suggested in the minds of the jurors that they could use witness statements as evidence of the truth of their contents. Credence is given to this possibility by the jury's question to the judge, during their deliberations, as to whether there was a signed statement of Dietrich. The jury may have had the impression that such a statement—or any other witness statement—could be used as substantive evidence.

finale des avocats de la défense, le jury a sûrement compris que la crédibilité des témoins était minée par leurs déclarations antérieures incompatibles. Une directive du juge du procès à cet égard n'aurait que réitéré ce qui était déjà tout à fait évident pour le jury dans le contexte de l'instruction de la présente affaire.

En omettant de donner au jury des directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles, le juge du procès a fait naître le danger réel que le jury n'ait peut-être pas compris que ces déclarations ne pouvaient être utilisées pour établir la véracité de leur contenu. Le juge du procès a aggravé ce danger en formulant un certain nombre d'observations qui peuvent avoir amené le jury à conclure que toutes les déclarations antérieures (compatibles ou non) pouvaient être utilisées comme preuve de fond. Au cours de son exposé au jury, le juge du procès a déclaré:

[TRADUCTION] Un fait peut être établi par une preuve directe ou circonstancielle ou par une combinaison des deux. La preuve directe consiste en des objets concrets, des déclarations écrites, une déposition sur ce que le témoin a vu, perçu par ses sens. Ce qu'il a vu, entendu, ressenti. Par exemple, les photographies et les déclarations signées remises à la police par chaque accusé et produites comme pièces constituent une preuve directe.

Le juge du procès a expliqué aux jurés que les déclarations des accusés pouvaient être utilisées comme preuve de fond, mais elle n'a toutefois pas dit aux jurés qu'ils ne pouvaient pas utiliser également les déclarations antérieures d'un témoin pour établir la véracité de leur contenu. Elle a affirmé au jury que les articles de journaux produits comme pièces n'avaient pas été produits pour établir la véracité de leur contenu. Cette directive, conjuguée à l'absence de directive sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations de témoins en général, a pu donner à entendre aux jurés qu'ils pouvaient utiliser les déclarations des témoins pour établir la véracité de leur contenu. Le fait que les jurés aient, au cours de leurs délibérations, demandé au juge s'il existait une déclaration signée de Dietrich ajoute du poids à cette possibilité. Le jury a peut-être eu l'impression qu'une telle déclaration—ou la déclaration de n'importe quel autre témoin—pouvait être utilisée comme preuve de fond.

The majority of the Court of Appeal was of the view that because the prior inconsistent statements were not used by counsel for the purpose of proving the truth of their contents, the non-direction by the trial judge on this issue caused no prejudice to the appellants. With respect, I do not agree. The reason why the law requires an instruction of this nature is that there is otherwise a risk that jurors may not be aware that they cannot use such statements as substantive evidence, irrespective of the use made of the statements by counsel. While the trial judge and counsel undoubtedly appreciated the limited purpose of reference to the prior inconsistent statements, it cannot be safely assumed that the jury had a similar understanding.

At a new trial of the charges against the appellants, the question of the substantive admissibility of the prior inconsistent statements might have to be considered, in light of this Court's reasons in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. But I should not be taken in noting this to be suggesting that the statements in issue should (or should not) be ruled substantively admissible at a new trial.

VI. Conclusion

I would allow the appeals and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I respectfully dissent from the majority and would dispose of this appeal as did the majority of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 381, (Tarnopolsky and Galligan J.J., Osborne J.A. dissenting).

After a trial which lasted four days before a jury presided over by a judge, the appellants were convicted of the second degree murder of one Peter Hodgin. Both accused relied on a defence of alibi which, if believed, would have brought about their

La Cour d'appel à la majorité était d'avis que, puisque les avocats n'avaient pas utilisé les déclarations antérieures incompatibles pour établir la véracité de leur contenu, l'omission du juge du procès de donner des directives sur cette question n'avait causé aucun préjudice aux appelants. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. La raison pour laquelle le droit impose des directives de cette nature est qu'il existe par ailleurs un risque que les jurés ignorent qu'ils ne peuvent pas utiliser ces déclarations comme preuve de fond, indépendamment de l'utilisation que les avocats en font. Bien que le juge du procès et les avocats aient indubitablement saisi le but limité de la mention des déclarations antérieures incompatibles, on ne peut présumer sans risque d'erreur que le jury a compris la même chose.

Il se pourrait qu'il faille, lors d'un nouveau procès relatif aux accusations portées contre les appelants, examiner la question de l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures incompatibles, à la lumière de l'arrêt de notre Cour *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Mais il ne faut pas voir dans cette remarque que je laisse entendre que les déclarations en cause devraient (ou ne devraient pas) être jugées admissibles quant au fond lors d'un nouveau procès.

VI. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion de la majorité et je statuerais sur le pourvoi comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (1991), 2 O.R. (3d) 381 (les juges Tarnopolsky et Galligan, le juge Osborne étant dissident).

Au terme d'un procès de quatre jours devant un juge siégeant avec jury, les appelants ont été déclarés coupables du meurtre au second degré d'un nommé Peter Hodgin. Ils ont tous deux présenté une défense d'alibi qui, si on y avait ajouté

acquittal. The whole case, then, turned upon credibility.

The three grounds of appeal raised by the accused relate to the trial judge's charge to the jury, namely her failure to give a sharp and clear warning as set out in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, concerning the testimony of the witnesses Dietrich and Belmont, her failure to instruct the jury with respect to prior inconsistent statements and the filing as an exhibit, by consent, of a letter written by the witness Dietrich.

I disagree with the conclusions of the majority as to the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in this case and must state my agreement with the reasons of Galligan J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, and in particular with his remarks, at pp. 403-4, regarding the trial judge's charge to the jury:

Read as a whole it struck me as a model of fairness and even-handedness. Even though the trial was long and difficult, there were no complicated legal issues to be resolved. The issue ultimately was whether the Crown had proved beyond reasonable doubt that the appellants were the murderers of the victim. They said they had nothing to do with the killing and provided alibi defences. If they had been believed, or even if their evidence had raised a reasonable doubt on the issue, they were entitled to be acquitted. On the other hand, if the evidence of certain Crown witnesses, including Dietrich and Belmont, had been believed, then there could be no doubt of the appellants' guilt. The jury had that most difficult of tasks entrusted to the trier of fact, the weighing of the credibility of witnesses who contradict one another.

The trial judge repeatedly told the jury that the burden of proof rested upon the Crown and that the appellants were entitled to the benefit of any reasonable doubt which arose on the evidence. She also told the jury that the appellants were entitled to the benefit of any reasonable doubt about the accuracy or weight of any of the evidence. She stressed that the credibility of witnesses was very important in the case and carefully outlined the factors that should be taken into account in weighing credibility.

foi, aurait entraîné leur acquittement. La crédibilité a donc été au cœur du débat.

Les trois moyens d'appel invoqués par les accusés ont trait à l'exposé du juge du procès au jury, soit l'omission du juge du procès de faire la mise en garde claire et précise énoncée dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à l'égard des dépositions des témoins Dietrich et Belmont, son omission de donner au jury des directives sur des déclarations antérieures incompatibles, et la production comme pièce, avec le consentement des parties, d'une lettre écrite par le témoin Dietrich.

Je ne partage pas les conclusions de la majorité quant à l'application, en l'espèce, du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, étant d'accord avec les motifs que le juge Galligan a rédigés au nom de la Cour d'appel à la majorité, et, en particulier, avec les remarques qu'il fait, aux pp. 403 et 404, au sujet de l'exposé du juge du procès au jury:

[TRADUCTION] Dans l'ensemble, il m'a paru être un modèle d'équité et d'impartialité. Bien que le procès fût long et difficile, il n'y avait aucune question juridique complexe à résoudre. Il s'agissait en fin de compte de savoir si le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable que les appelants étaient les assassins de la victime. Ces derniers ont affirmé qu'ils n'avaient rien à voir avec le meurtre et ils ont offert un alibi comme moyen de défense. Si on les avait crus, ou même si leur témoignage avait soulevé un doute raisonnable sur la question, il aurait fallu les acquitter. En revanche, si on avait ajouté foi aux dépositions de certains témoins à charge, dont celles de Dietrich et de Belmont, la culpabilité des appelants n'aurait alors fait aucun doute. Le jury devait s'acquitter de la tâche la plus délicate qui puisse être confiée à un juge des faits, celle d'apprécier la crédibilité de témoins qui se contredisent mutuellement.

À maintes reprises, le juge du procès a dit au jury que le fardeau de la preuve incombait au ministère public et que les appelants devaient bénéficier de tout doute raisonnable soulevé par la preuve. Elle lui a également dit que les appelants devaient bénéficier de tout doute raisonnable quant à l'exactitude ou à la valeur de l'un ou l'autre des témoignages. Elle a souligné l'importance en l'espèce de la crédibilité des témoins, avant de prendre soin d'exposer les facteurs à considérer dans l'appréciation de la crédibilité.

The trial judge gave short and even-handed summaries of the controversial testimony and fairly presented the theory of the defence. In short, from my reading of her charge as a whole, it is my opinion that the trial judge laid out for the jury accurately and objectively the issues it had to decide. It is my view that the charge to the jury in this case was admirable. [Emphasis added.]

This is, in my view, the proper light in which a court of appeal, and for that matter our Court, should address a trial judge's charge to a jury as regards the grounds of appeal raised in relation to that charge. If, taken as a whole, the charge is fair, whatever error it may contain, it cannot amount to a miscarriage of justice and s. 686(1)(b)(iii) will apply.

Jury trials should not be presided over by courts of appeal who are removed from the atmosphere of a particular trial, who have no possibility of appreciating the personality, level of sophistication and understanding, or other traits of a particular jury and who do not have the benefit of hearing counsels' addresses to the jury but only of reading them.

A trial judge's discretion to deal with a trial as best fits the case over which he or she must preside is an essential element of a trial. Otherwise, a mechanical application of the rules would suffice. Courts should be wary of usurping this function and overruling that discretion. Almost every accused in an appeal challenges the judge's charge to the jury in the hope of winning a new trial or an acquittal. Judges' charges to the jury are easy targets and if courts give in too easily to those alleged errors, the courts of appeal will take over a trial judge's function. The rationale underlying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is precisely to insure that only in cases where a miscarriage of justice has occurred will courts intervene in a trial judge's handling of a trial. This is the test and the only test. An error by a trial judge does not by itself warrant intervention by a court of appeal. Only if that error is sufficiently serious to consti-

Le juge du procès a résumé de façon concise et impartiale les témoignages controversés et elle a, de façon équitable, présenté la théorie de la défense. Bref, la lecture de l'ensemble de son exposé me porte à croire que le juge du procès a présenté aux jurés, avec précision et objectivité, les questions qu'ils devaient trancher. À mon avis, l'exposé au jury était admirable en l'espèce. [Je souligne.]

J'estime que c'est dans ce contexte qu'une cour d'appel, et partant, notre Cour, devrait aborder l'exposé d'un juge au jury en ce qui concerne les moyens d'appel soulevés à cet égard. Si, dans son ensemble, l'exposé est équitable, quelle que soit l'erreur qu'il puisse contenir, il ne peut constituer un déni de justice et le sous-al. 686(1)(b)(iii) s'appliquera.

Les procès par jury ne devraient pas être présidés par des cours d'appel qui, coupées de l'ambiance qui règne dans un procès donné, sont dans l'impossibilité d'apprécier la personnalité, le degré de raffinement et de compréhension, ou d'autres traits d'un tel jury et ne peuvent que lire, et non entendre, les exposés des avocats au jury.

Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de mener le procès de la façon qui convient le mieux à l'affaire dont il est saisi est un élément essentiel du procès. S'il en était autrement, l'application mécanique des règles suffirait. Les tribunaux devraient se garder d'usurper cette fonction et de porter atteinte à ce pouvoir discrétionnaire. Presque chaque accusé qui interjette appel conteste l'exposé du juge au jury dans l'espoir d'obtenir un nouveau procès ou un acquittement. Les exposés des juges au jury sont des cibles faciles et, si elles cèdent facilement devant ces prétendues erreurs, les cours d'appel s'arrogeront alors une fonction du juge du procès. La raison d'être du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* est précisément d'assurer que les tribunaux n'interviendront dans la conduite du procès par le juge que s'il y a eu un déni de justice. C'est là le critère applicable, et le seul. Une erreur du juge du procès ne justifie pas en soi l'intervention d'une cour d'appel. Seule l'erreur suffisamment sérieuse pour constituer un déni

tute a miscarriage of justice will it justify intervention. This is what this case is all about.

Dealing first with the *Vetrovec* issue, I would emphasize that this Court has rejected the notion that "ritualistic incantations" must be given regarding the danger of convicting on the uncorroborated testimony of certain categories of witnesses such as accomplices. This is no more than a recognition that the testimony of a witness who is an accomplice may not be inherently any more untrustworthy than that of many other witnesses. In the words of Dickson J. (as he then was) in *Vetrovec* at p. 823, "[t]o construct a universal rule singling out accomplices, then, is to fasten upon this branch of the law of evidence a blind and empty formalism". Rather, a trial judge now has the discretion to determine, after considering factors which might impair the worth of a witness, whether "the credit of the witness is such that the jury should be cautioned" (*Vetrovec*, at p. 823).

Respect for the discretion of the trial judge in such matters is necessary because, even where there are legitimate concerns about the credibility of a witness, a clear and sharp warning may not be appropriate in every case. Furthermore, the accused may him- or herself benefit from the retention of the trial judge's discretion regarding the wisdom of a warning in a particular trial. As Galligan J.A. pointed out, citing the following words of Martin J.A. in *R. v. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, at p. 324:

3. Where the judge decides that such a warning is called for he should assist the jury by drawing to their attention by way of illustration an item or items of evidence which they may draw upon as confirmation of the witness's evidence, but he is not under the same mandatory obligation that existed prior to *Vetrovec* to detail exhaustively "the evidence" capable of supporting the evidence of the accomplice. [Emphasis added.]

In the process of giving a *Vetrovec* warning, the trial judge is required to review evidence which

de justice justifiera cette intervention. C'est ce dont il s'agit ici.

En ce qui concerne, d'abord, l'arrêt *Vetrovec*, je souligne que notre Cour a écarté la notion selon laquelle des «incantations rituelles» doivent être récitées concernant le danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi de dépositions non corroborées de certaines catégories de témoins tels les complices. Il s'agit là d'une simple reconnaissance que la déposition d'un témoin qui est un complice n'est peut-être pas moins digne de foi en soi que celle de bien d'autres témoins. Dans l'arrêt *Vetrovec*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme qu'«[i]mposer une règle universelle singularisant les complices revient donc à attacher à ce domaine du droit de la preuve un formalisme aveugle et vide de sens» (p. 823). Le juge du procès a plutôt, maintenant, le pouvoir discrétionnaire de déterminer si, après avoir examiné les facteurs susceptibles de miner la crédibilité d'un témoin, «la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde» (*Vetrovec*, à la p. 823).

S'il est nécessaire de respecter le pouvoir discrétionnaire du juge du procès dans de telles affaires, c'est que, même lorsqu'il existe des doutes légitimes sur la crédibilité d'un témoin, une mise en garde claire et précise ne convient peut-être pas dans tous les cas. En outre, l'accusé peut lui-même bénéficier de la préservation du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider s'il est sage de faire une mise en garde dans un procès donné. Comme le juge Galligan l'a souligné, en citant les propos suivants du juge Martin de la Cour d'appel dans *R. c. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, à la p. 324:

[TRADUCTION] 3. Si le juge décide qu'une telle mise en garde est nécessaire, il devrait venir en aide au jury en attirant son attention, à titre d'exemple, sur un élément ou des éléments de preuve auxquels il peut faire appel pour confirmer la déposition du témoin. Il n'est toutefois pas tenu, comme il l'aurait été avant *Vetrovec*, d'énumérer de manière exhaustive «les éléments de preuve» susceptibles de confirmer le témoignage du complice. [Je souligne.]

Lorsqu'il fait une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès doit passer en revue les élé-

corroborates the statements of the accomplice. The necessary effect of such a warning in some cases will be to emphasize evidence which is prejudicial to the accused which otherwise would not be directly referred to by the trial judge. The result is, as Dickson J. observed in *Vetrovec* at p. 818, that:

The accused is in the unhappy position of hearing the judge draw particular attention to the evidence which tends to confirm the testimony the accomplice has given. Cogent prejudicial testimony is thus repeated and high-lighted.

This is precisely what would have occurred in the present case had a *Vetrovec* warning been given. Galligan J.A. observed, at pp. 406-7, that:

If the trial judge had decided to give a *Vetrovec* caution respecting Dietrich's testimony, I think she would have been required not only to remind the jury of Griffith's statement to the police confirming the presence of the car at his home the day after the murder but also of Griffith's later denial of the truth of his own statement. The effect of doing so would have been devastating to Griffith and would have outweighed by far any benefit he could have obtained from a *Vetrovec* caution. It is my opinion that in these circumstances the trial judge correctly exercised her discretion in declining to give the *Vetrovec* caution respecting the witness Dietrich. [Emphasis added.]

Therefore, not only have the appellants suffered no detriment because of the absence of a *Vetrovec* warning, their position may well have been strengthened by the decision of the trial judge to proceed as she did.

In my view, no error was committed by the trial judge in the exercise of her discretion. I agree with Galligan J.A. that the effect of *Vetrovec* is to give trial judges a wide and flexible discretion as to how they instruct juries of the need for careful scrutiny of a witness' testimony. It is evident from the discussion that the judge had with counsel before the charge to the jury that she considered the propriety and need for a *Vetrovec* caution.

ments de preuve qui corroborent les déclarations du complice. Dans certains cas, une telle mise en garde aura inévitablement pour effet de faire ressortir des éléments de preuve qui sont préjudiciables à l'accusé et qui, autrement, ne seraient pas directement mentionnés par le juge du procès. Il s'ensuit, comme l'a fait remarquer le juge Dickson dans *Vetrovec*, à la p. 818, que:

L'accusé se trouve dans la situation défavorable d'entendre le juge attirer l'attention du jury sur les éléments de preuve qui tendent à confirmer le témoignage du complice. Un témoignage convaincant et préjudiciable à l'accusé se trouve répété et souligné.

C'est précisément ce qui se serait produit en l'espèce si une mise en garde de type *Vetrovec* avait été faite. Comme le fait observer le juge Galligan, aux pp. 406 et 407:

[TRADUCTION] À mon avis, si elle avait décidé de faire une mise en garde de type *Vetrovec* à l'égard du témoignage de Dietrich, le juge du procès aurait dû rappeler au jury non seulement la déclaration de Griffith à la police, dans laquelle il confirmait la présence de l'automobile à sa résidence le lendemain du meurtre, mais aussi le fait que Griffith a par la suite désavoué sa propre déclaration. Cela aurait eu un effet dévastateur pour Griffith et l'aurait emporté de beaucoup sur l'avantage qu'il aurait pu tirer d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Je suis d'avis que, dans ces circonstances, le juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de faire une mise en garde de type *Vetrovec* à l'égard du témoin Dietrich. [Je souligne.]

Par conséquent, non seulement les appelants n'ont subi aucun préjudice en raison de l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*, mais il se peut fort bien que leur position ait été renforcée par la décision du juge du procès d'agir comme elle l'a fait.

À mon avis, le juge du procès n'a commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Je suis d'accord avec le juge Galligan pour dire que l'arrêt *Vetrovec* a pour effet de conférer aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire souple et étendu quant à la façon de donner des directives aux jurés sur la nécessité d'examiner minutieusement la déposition d'un témoin. Il ressort nettement de la discussion qu'ont eue le juge

While declining to do so, she nonetheless indicated that Dietrich's evidence required careful scrutiny and directed the jury to consider whether it was consistent with other credible evidence. In the circumstances, I would only restate the words of Galligan J.A., at p. 405, that:

... the reviewing court must pay great deference to the trial judge's peculiar advantage in evaluating the atmosphere of a trial and in assessing whether or not, in all of the circumstances of a particular case, a *Vetrovec* warning would redound to the benefit or detriment of an accused.

Turning now to the alleged failure of the trial judge to instruct the jury regarding the use to be made of the prior inconsistent statements of Dietrich and Belmont, one must immediately point out that neither counsel objected to the judge's charge on that point, although objections were made on other points. The reason is quite obvious when one considers that those statements were put to the witnesses for the sole purpose of casting doubt on their credibility, never with the intention that they be adopted by the witnesses as evidence of the truth of their contents. Those witnesses were vigorously cross-examined and, in defence counsel's address to the jury, their statements were referred to on many occasions for the sole purpose of credibility. While failure to object would not of itself be fatal, the tactics of defence counsel cannot be overlooked. As I stated in *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at pp. 713-14:

I am not suggesting that failure to object at trial will preclude counsel from alleging on appeal that an error was made. Mere silence of counsel cannot displace the right of an accused to a fair trial. However, it is important to consider the reasons for counsel's failure to raise any objection to ... evidence.

In this case, the failure of counsel to object indicates, in my view, that everybody took for granted

et les avocats, avant l'exposé au jury, que le juge a considéré l'opportunité et la nécessité de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Même si elle a refusé de la faire, elle a néanmoins indiqué qu'il fallait étudier minutieusement le témoignage de Dietrich et elle a dit au jury d'examiner s'il était compatible avec d'autres témoignages crédibles. Dans ces circonstances, je me contenterai de reprendre les propos du juge Galligan, à la p. 405, selon lesquels:

[TRADUCTION] ... le tribunal d'examen doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard de l'avantage particulier dont jouit le juge du procès pour ce qui est d'évaluer l'ambiance d'un procès et de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances d'une affaire particulière, une mise en garde de type *Vetrovec* tournerait à l'avantage ou au détriment de l'accusé.

Quant à l'allégation que le juge du procès n'a pas donné de directive au jury au sujet de l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles de Dietrich et de Belmont, il faut immédiatement souligner que ni l'un ni l'autre avocat ne s'est opposé à l'exposé du juge au jury sur ce point, même si des objections ont porté sur d'autres points. Le motif saute aux yeux si l'on considère que ces déclarations ont été présentées aux témoins à la seule fin de mettre en doute leur crédibilité, et non dans le but de les faire adopter par les témoins comme preuve de la véracité de leur contenu. Ces témoins ont subi un contre-interrogatoire serré et, dans leur exposé au jury, les avocats de la défense ont mentionné leurs déclarations à maintes reprises relativement à la seule question de leur crédibilité. Bien que le défaut de soulever une objection ne soit pas en lui-même fatal, on ne saurait ignorer la tactique des avocats de la défense. Comme je l'ai dit dans *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, aux pp. 713 et 714:

Je ne prétends pas que le défaut de l'avocat de soulever une objection lors du procès l'empêche d'alléguer, en appel, qu'une erreur a été commise. Le seul silence de son avocat ne saurait priver l'accusé de son droit à un procès équitable. Cependant, il importe de prendre en considération les raisons pour lesquelles l'avocat ne s'est pas opposé au témoignage ...

En l'espèce, le défaut des avocats de soulever une objection indique, selon moi, que tous ont tenu

that the purpose of introducing those prior statements was only to test the credibility of those witnesses. No one ever suggested otherwise. In the circumstances, it cannot be a matter of reproach to the trial judge that she took the case as it was presented and argued before the jury.

Prior to the charge by the judge, the jury had the benefit of hearing numerous statements from defence counsel on the unreliable nature of the testimony of Dietrich and Belmont. Counsel for Griffith stated:

The evidence against Mr. Griffith, I submit, comes down to Mr. Curtis, Mr. Dietrich, and Mr. Belmont. I suggest to you that all their evidence, all three of them, as I have gone through for the last period of time is riddled with lies and inconsistencies. And if you come to that conclusion too, you have to ask yourself why would they lie about certain things but tell the truth about other things?

Further on counsel suggested:

And, again, not only are [*sic*] their evidence riddled with inconsistencies, but all three of these men, as I have indicated, had ulterior motives to implicate Mr. Griffith. I submit their evidence can't be relied upon to give Mr. Griffith spitting on a sidewalk, let alone to a charge of murder. And there has been no evidence presented at all by the Crown attorney involving Mr. Griffith from any witnesses unbiased that implicates Mr. Griffith.

The trial judge, on a number of occasions, stressed that credibility was at the core of the case. She also stressed that the statements in question should be scrutinized in that light. In her charge to the jury with respect to the evidence of Dietrich, the trial judge reminded the jury that he had a lengthy criminal record. She noted the fact that he had approached the police shortly into his three year sentence and his denial that he had received anything for his assistance. Later in the charge she remarked:

When assessing Dietrich's evidence you will have to scrutinize it very carefully. Does it dovetail with the other evidence that you believe? Bear in mind that he

pour acquis que les déclarations antérieures avaient été présentées dans le seul but de mettre à l'épreuve la crédibilité de ces témoins. Personne n'a jamais prétendu le contraire. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher au juge du procès d'avoir accepté la preuve telle qu'elle a été présentée et débattue devant le jury.

Avant l'exposé du juge, le jury a eu l'avantage d'entendre de nombreuses déclarations des avocats de la défense concernant le caractère peu fiable des témoignages de Dietrich et de Belmont. L'avocat de Griffith affirme:

[TRADUCTION] La preuve contre M. Griffith se limite, d'après moi, aux témoignages de messieurs Curtis, Dietrich et Belmont. Je vous signale que leurs témoignages, à tous les trois, comme je viens de le faire ressortir, sont criblés de mensonges et de contradictions. Et si vous arrivez à la même conclusion, vous devez vous demander pourquoi ils mentiraient à certains égards et diraient la vérité à d'autres égards.

Il ajoute ceci:

[TRADUCTION] Encore une fois, non seulement leurs témoignages sont criblés de contradictions, mais ces trois hommes, je le répète, avaient tous des motifs inavoués d'impliquer M. Griffith. D'après moi, on ne peut se fier à leurs témoignages pour accuser M. Griffith d'avoir craché sur le trottoir et encore moins, pour l'accuser d'avoir commis un meurtre. De plus, aucun témoin à charge impartial n'est venu faire une déposition impliquant M. Griffith.

Le juge du procès a souligné, à maintes reprises, que la question de crédibilité était au cœur de l'affaire. Elle a souligné que c'est dans ce contexte que les déclarations en question devaient être minutieusement examinées. Dans l'exposé au jury relativement au témoignage de Dietrich, le juge du procès a rappelé que celui-ci avait un lourd casier judiciaire. Elle a signalé le fait que Dietrich avait communiqué avec la police peu après avoir commencé à purger sa peine de trois ans, et qu'il avait nié avoir reçu quoi que ce soit en échange de son aide. Plus loin dans son exposé, le juge fait observer:

[TRADUCTION] Lorsque vous évalueriez le témoignage de Dietrich, vous devrez le scruter soigneusement. Concorde-t-il avec les témoignages auxquels vous ajoutez

approached the police and that letter. . . will be with you in the juryroom.

Finally, she reminded the jury:

Members of the jury, the law is easy. He was badly beaten whoever did it—murder. The real question is did both or either of these accused kill Hodgins? The evidence of the two accused and the evidence of Dietrich is extremely important when deciding this question. Scrutinize all the evidence carefully. Decide what you believe and what you do not believe. Find your facts, reach your verdicts, but as I have told you, this is basically a matter of credibility. Who do you believe and who do you not believe, and that is where you are going to have to start. Whose evidence do we believe, and then you can build on that, and does the next evidence dovetail with that? Does it agree with the evidence that you have accepted?

The trial judge began her review of the evidence of Belmont and Mathers with the observation that they were “partners in crime”. After reviewing their testimony, she noted:

You will recall that Helen Mathers and Patrick Belmont were both, it would appear from the evidence, cooperating with the police in order to either get him, Belmont, out of jail and, hopefully, have his charges dropped. And I am sure you will recall their evidence, how confusing it was at times. And there was the evidence he wore the bodypacks and what happened when he was wearing those. And, again, counsel have covered that with you. And I think you remember the evidence of the police officer that only 20 percent of those tapes were audible.

So, again, you are going to have to think of all these things very carefully and the circumstances in which that evidence was given when you are determining what weight to give to it. [Emphasis added.]

Although it is generally recognized that the failure to warn a jury about the use it can make of a witness' prior statement, unless adopted at trial, can be fatal in cases where a jury might accept

foi? N'oubliez pas qu'il a communiqué avec la police et que [. . .] vous serez en possession de la lettre dans la salle des jurés.

a Enfin, elle rappelle au jury:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs les jurés, le droit est simple. Il a été battu sauvagement peu importe qui l'a fait—meurtre. La véritable question est celle-ci: les deux accusés, ou l'un d'eux, ont-ils tué Hodgin? b Leurs témoignages et celui de Dietrich sont extrêmement importants pour trancher cette question. Examinez la preuve avec soin. Déterminez ce que vous croyez et ce que vous ne croyez pas. Tirez vos conclusions de fait, rendez votre verdict, mais je vous le répète, il s'agit avant tout d'une question de crédibilité. Vous devez c d'abord déterminer qui vous croyez et qui vous ne croyez pas. Quel témoignage acceptez-vous? Et alors vous pouvez vous fonder là-dessus, et le témoignage suivant concorde-t-il avec cela? Est-il compatible avec d le témoignage que vous avez accepté?

Le juge du procès a amorcé son examen des témoignages de Belmont et de Mathers en faisant observer qu'ils étaient [TRADUCTION] «associés dans le crime». Après avoir passé en revue leurs témoignages, elle souligne:

[TRADUCTION] Vous vous souviendrez qu'il semblerait, d'après la preuve, que Helen Mathers et Patrick Belmont ont tous deux collaboré avec la police afin que Belmont soit libéré et dans l'espoir que les accusations portées contre lui soient abandonnées. Et je suis certaine que vous vous souviendrez combien déroutants leurs témoignages étaient à certains moments. Et il y a la preuve selon laquelle il a porté le micro-émetteur de poche, et concernant ce qui s'est alors produit. Les avocats vous en ont également déjà parlé. Et je crois que vous vous souvenez du témoignage du policier, selon lequel seulement 20 pour 100 de ces bandes étaient audibles.

Donc, encore une fois, vous devrez considérer très minutieusement tous ces éléments ainsi que les circonstances dans lesquelles ce témoignage a été rendu, au moment de déterminer le poids à lui accorder. [Je souligne.]

Même s'il est généralement reconnu que l'omission de mettre le jury en garde quant à l'utilisation qu'il peut faire de la déclaration antérieure d'un témoin, à moins que celle-ci ne soit adoptée au

such a statement as evidence of its truth rather than going only to credibility, this is not such a case.

The same conclusion was reached in *R. v. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518 (Ont. C.A.), where Martin J.A., after stating, at p. 539, that “a clear direction is required that the prior inconsistent statement is not evidence of the truth of the facts contained therein . . .”, went on to say, at pp. 539-40:

In the present case the out-of-court statements of the witness that were more incriminating of the appellants than her sworn testimony at the trial, were introduced by the defence. No doubt the purpose of defence counsel in eliciting the evidence of Glover's prior statements to the police was to show that she was careless of the truth or that she could not distinguish between fact and fantasy. No one suggested that these statements could be used to prove the truth of the facts contained in them. I do not wish to be taken as holding, however, that even in this situation it was unnecessary to warn the jury that the prior out-of-court statements of the witness not adopted by her, were not evidence of the truth of the facts contained in them. The absence of such a warning in the present case does not, however, import the same prejudice to the accused, as it might in other circumstances.

Although it would have been preferable if the trial Judge had expressly instructed the jury that Sandra Glover's unadopted out-of-court statements made to the police were not evidence of the truth of the facts contained in them, I am satisfied that his failure to do so did not in all the circumstances result in a miscarriage of justice. I also observe that no objection was taken at the trial to his failure to give the instruction which it is now contended should have been given. I would, if necessary, apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the Code. [Emphasis added.]

This is precisely the case here. The judge tailored her charge to the case before her and the case, in her view, did not mandate the warning in

procès, peut être fatale dans les cas où le jury pourrait accepter une telle déclaration comme preuve de la véracité de son contenu plutôt que comme touchant seulement à la crédibilité du témoin, ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

On est arrivé à la même conclusion dans l'arrêt *R. c. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518 (C.A. Ont.), où, après avoir mentionné, à la p. 539, qu'[TRADUCTION] «il est nécessaire de préciser que la déclaration antérieure incompatible n'établit pas la véracité des faits qu'elle contient . . .», le juge Martin ajoute, aux pp. 539 et 540:

[TRADUCTION] En l'espèce, les déclarations extrajudiciaires du témoin, qui étaient plus incriminantes pour les appelants que la déposition assermentée de ce témoin au procès, ont été présentées par la défense. Il n'y a aucun doute qu'en mettant en lumière les déclarations antérieures de Glover à la police, les avocats de la défense cherchaient à démontrer qu'elle ne se souciait guère de la vérité ou qu'elle ne pouvait distinguer la réalité de la fantaisie. Personne n'a prétendu que ces déclarations pouvaient être utilisées pour établir la véracité des faits qu'elles contenaient. Il ne faudrait toutefois pas conclure de mes propos que, même dans cette situation, il était inutile de prévenir le jury que les déclarations extrajudiciaires antérieures du témoin, qu'il n'avait pas adoptées, n'établissaient pas la véracité des faits qu'elles contenaient. L'absence d'une telle mise en garde en l'espèce ne cause toutefois pas à l'accusé le même préjudice qu'elle aurait pu causer en d'autres circonstances.

Bien qu'il eût été préférable que le juge du procès prévienne expressément le jury que les déclarations extrajudiciaires rétractées que Sandra Glover avait faites antérieurement à la police n'établissaient pas la véracité des faits qu'elles contenaient, je suis convaincu que son omission de le faire n'a pas, compte tenu de toutes les circonstances, entraîné une erreur judiciaire. Je remarque également qu'aucune objection n'a été soulevée au procès relativement à son omission de donner des directives qui, soutient-on maintenant, auraient dû être données. Si c'était nécessaire, j'appliquerais les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du Code. [Je souligne.]

C'est exactement le cas ici. Le juge a conçu son exposé en fonction de l'affaire dont elle était saisie et, selon elle, cette affaire ne requérait pas la mise

question. Upon reviewing the whole case and examining the address to the jury in that light, I could not agree more.

Besides, I agree with the Crown that such statements were inconsequential and, as Galligan J.A. said at p. 411:

An instruction that prior inconsistent statements could undermine the credibility of witnesses would have applied to them as well as to the Crown witnesses. Thus, the instruction could have done the appellants more harm than good.

For all these reasons, I am convinced that no miscarriage of justice has occurred in the circumstances and, should it be necessary, I would apply the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* which is specifically designed to cure the type of defect in question.

In the result, I would dismiss these appeals.

Appeals allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant Edward Albert Thomas Bevan: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the appellant Barry Gerald Griffith: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

en garde en question. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve et l'exposé au jury sous cet angle, je ne saurais être plus d'accord.

Par ailleurs, je partage l'avis du ministère public selon lequel ces déclarations étaient sans conséquence et, comme le juge Galligan l'affirme, à la p. 411:

[TRADUCTION] Une directive selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles pourraient miner la crédibilité des témoins aurait visé ces derniers autant que les témoins à charge. Par conséquent, la directive aurait pu causer aux appelants plus de tort que de bien.

Pour tous ces motifs, je suis convaincue qu'il n'y a pas eu de déni de justice dans les circonstances et, si cela était nécessaire, j'appliquerais la réserve du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, qui est précisément conçue pour remédier au genre d'erreur ici en question.

En définitive, je rejetterais les pourvois.

Pourvois accueillis, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant Edward Albert Thomas Bevan: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'appelant Barry Gerald Griffith: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Barry James Evans *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. EVANS

File No.: 22929.

Judgment rendered orally: 1993: March 22.

Reasons for judgment rendered: 1993: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Trial — Charge to jury — Circumstantial evidence — Proof beyond reasonable doubt — Whether charge amounted to misdirection on issue of proof beyond reasonable doubt of constituent parts of charge.

Evidence — Recall of witness — Trial judge refusing to allow the Crown to recall witness to give evidence as to having given name of the accused to the police as matching the police profile of suspect — Attempt to recall witness made in response to issue of credibility arising out of cross-examination — Whether or not trial judge erred in refusing to allow Crown to recall witness.

Criminal law — New trial — New trial warranted only if verdict would have necessarily not have been the same, but for the errors — Whether new trial warranted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

Appellant was acquitted of first degree murder. The Crown appealed and the British Columbia Court of Appeal directed a new trial. An appeal to this Court followed. Given that the scheduled date for the new trial was imminent, that no new issues of law were raised here, and that the disposition turned upon the facts of the case and the proceedings at trial, the Court allowed the appeal, set aside the order of the Court of Appeal directing a new trial and restored the acquittal with reasons to follow.

Barry James Evans *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. EVANS

N^o du greffe: 22929.

^b Jugement rendu oralement: 1993: 22 mars.

Motifs du jugement déposés: 1993: 17 juin.

^c Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major.

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

^d *Procès — Exposé au jury — Preuve circonstancielle — Preuve hors de tout doute raisonnable — L'exposé était-il erroné quant à la question de la preuve hors de tout doute raisonnable des éléments constitutifs de l'accusation?*

^e *Preuve — Réinterrogatoire d'un témoin — Refus du juge du procès de permettre au ministère public de réinterroger un témoin afin de prouver que ce dernier a mentionné à la police le nom de l'accusé comme étant une personne correspondant au profil du suspect — Tentative de réinterroger le témoin faite après que la question de crédibilité ait été soulevée au cours du contre-interrogatoire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de permettre au ministère public de réinterroger un témoin?*

^g *Droit criminel — Nouveau procès — Nouveau procès justifié uniquement si le verdict aurait nécessairement été différent n'eussent été ces erreurs — Le nouveau procès est-il justifié? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).*

^h Accusé de meurtre au premier degré, l'appellant a été acquitté. Le ministère public a interjeté appel, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour a ensuite été saisie du présent pourvoi. Puisque le nouveau procès devait avoir lieu incessamment, que le présent pourvoi ne soulève pas de nouvelles questions de droit, que ce sont les faits de l'espèce et le déroulement du procès qui sont en cause, la Cour a accueilli le pourvoi, annulé l'ordonnance de nouveau procès de la Cour d'appel et rétabli le verdict d'acquiescement, les motifs de sa décision devant être prononcés ultérieurement.

The victim was killed by a gun owned by appellant. Appellant contended that he had flown from Calgary to Vancouver the day the victim was murdered to show the victim's wife, Linda Sample, how to shoot. When she refused to take the afternoon off, he left the gun in her glove compartment and took a cab to visit the victim and from there he walked to the airport for the return flight to Calgary. Appellant and Linda Sample had had some form of relationship which had created tensions in the long friendship between the victim and appellant but these tensions seemed to have been resolved before the murder. Linda Sample testified that she had not seen appellant the day of the murder, that she had been at work and that she had been swimming during her lunch hour.

Three issues were considered here. Did the charge to the jury amount to a misdirection on the issue of proof beyond a reasonable doubt? Did the trial judge err in refusing to allow the Crown to recall Linda Sample to give evidence as to having given the name of the accused to the police as matching the police profile of the suspect, notwithstanding the fact that the issue of her credibility had arisen in cross-examination? If a misdirection occurred or if the trial judge erred in refusing to recall Linda Sample, would a new trial have been warranted because the verdict would not necessarily have been the same given the errors.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The charge to the jury was eminently fair and no error was committed in the instructions relating to the manner in which the evidence was to be considered when the charge is looked at as a whole. The jury was instructed to consider the evidence as a whole and not in piecemeal fashion. Indeed in dealing with the circumstantial evidence, the trial judge instructed the jury to consider that evidence in the context of the Crown and defence theories and in relation to the evidence as a whole. The jury was never invited to apply the criminal standard to isolated pieces of evidence or to reach their decision through some sort of two-step process.

The trial judge erred in refusing to allow the Crown to re-examine Linda Sample as to whether she had named appellant as a person matching the police profile of the killer. This evidence was admissible as supporting the credibility of Linda Sample on the grounds that she

La victime a été assassinée avec le pistolet de l'appellant. Ce dernier a prétendu s'être rendu de Calgary à Vancouver en avion le jour du meurtre afin d'apprendre à l'épouse de la victime, Linda Sample, à se servir d'un pistolet. Lorsqu'elle a refusé de prendre un après-midi de congé, il a déposé l'arme dans la boîte à gants de l'auto de Linda et il s'est rendu en taxi visiter la victime. De là, il a marché jusqu'à l'aéroport pour le vol à destination de Calgary. L'appellant et Linda Sample avaient entretenu une certaine forme de relation qui avait créé des tensions entre la victime et l'appellant, amis de longue date. Toutefois, ces tensions semblaient avoir été dissipées avant le meurtre. Linda Sample a témoigné ne pas avoir rencontré l'appellant le jour du meurtre, s'être rendue au travail et être allée nager pendant l'heure du déjeuner.

Trois questions ont été examinées. L'exposé au jury était-il erroné quant à la question de la preuve hors de tout doute raisonnable? Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de permettre au ministère public de réinterroger Linda Sample afin de prouver qu'elle avait mentionné à la police le nom de l'accusé comme étant une personne correspondant au profil du meurtrier, nonobstant le fait que la question de sa crédibilité avait été soulevée pendant le contre-interrogatoire? Si une erreur a été commise relativement à l'un ou l'autre de ces deux aspects, la tenue d'un nouveau procès était-elle justifiée parce que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même n'eussent été ces erreurs?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: L'exposé au jury était tout à fait correct, et, considéré dans son ensemble, il n'est entaché d'aucune erreur quant à la manière dont la preuve devait être appréciée. Le jury a été invité à considérer la preuve dans son ensemble, et non pas par bribes. De fait, pour ce qui concerne la preuve circonstancielle, le juge du procès a invité le jury à examiner la preuve en tenant compte des théories élaborées par le ministère public et par la défense, ainsi que de l'ensemble de la preuve. Le jury n'a jamais été invité à appliquer la norme en matière criminelle à des éléments de preuve pris isolément non plus qu'à prendre sa décision en ayant recours à quelque processus en deux étapes.

Le juge du procès a commis une erreur en refusant au ministère public de réinterroger Linda Sample quant à savoir si elle avait mentionné l'appellant comme étant une personne correspondant au profil de l'assassin établi par la police. Cette preuve était recevable puisqu'elle

would never disclose the name of the person from whom she got the gun when that would inevitably direct police attention back to her. It was not hearsay: the Crown sought to elicit from a witness evidence not about what was said to her but what she said to the police on an earlier occasion. Generally, the narration by a witness of his or her previous declarations made to others outside of the court should be excluded because of its general lack of probative value and because such a repetition is, as a rule, self-serving. However, they may be admitted in support of the credibility of a witness in situations where that witness's evidence is challenged as being a recent fabrication or contrivance. The right to re-examine is confined to matters arising from the cross-examination.

The Crown, to obtain a new trial, must satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury. Appellate courts have always had a healthy respect for and exercised deference to a jury verdict of acquittal. The error on the question of re-examination did not, in any real way, deprive the jury of decisive evidence. The trial judge's error could not have affected the outcome of the trial.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): A new trial was warranted for the reasons given by the Court of Appeal.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74.

Statutes and Regulations Cited

Crimes Act (N.Z.), R.S. 1961, vol. 1, no. 43, ss. 380, 381, 382(2)(e) as amended by S.N.Z. 1991, no. 106, s. 11.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

Criminal Code Act, 1924 (Tasmania), R.S. Tas. 1826-1959, vol. 1, ss. 401(2)(b), 402(5)(b), as amended by *Criminal Code Amendment Act, 1975*, S. Tas. 1975,

renforçait la crédibilité de Linda Sample, étant donné que celle-ci n'aurait jamais attiré l'attention de la police sur la personne auprès de laquelle elle s'était procurée le pistolet, sachant fort bien que, inévitablement, les soupçons rejailliraient sur elle. Le témoignage ne constituait pas du ouï-dire: le ministère public cherchait à obtenir d'un témoin qu'elle révèle non pas ce qui lui avait été dit, mais bien ce qu'elle avait dit aux policiers précédemment. En règle générale, la relation, par un témoin, des déclarations antérieures qu'il a faites à l'extérieur de la salle d'audience n'est pas recevable parce qu'elle n'a pas, comme telle, de force probante et parce que, ordinairement, il s'agit d'une déclaration intéressée. Elle peut toutefois être recevable à l'appui de la crédibilité d'un témoin lorsque sa déposition est contestée pour le motif qu'elle serait une fabrication ou une invention récente. Le réinterrogatoire ne doit se rapporter qu'à des questions soulevées pendant le contre-interrogatoire.

Il incombe au ministère public, pour obtenir un nouveau procès, de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury. Les cours d'appel ont toujours manifesté un respect salutaire à l'égard du verdict d'acquiescement prononcé par un jury. L'erreur relative à la question du réinterrogatoire n'a pas vraiment privé le jury d'un élément de preuve décisif. L'erreur du juge du procès n'a pas pu avoir d'incidence sur l'issue du procès.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Un nouveau procès était justifié pour les motifs exprimés par la Cour d'appel.

Jurisprudence

§ Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).

Crimes Act (N.-Z.), R.S. 1961, vol. 1, n° 43, art. 380, 381, 382(2)(e) modifié par S.N.Z. 1991, n° 106, art. 11.

Criminal Code Act, 1924 (Tasmanie), R.S. Tas. 1826-1959, vol. 1, art. 401(2)(b), 402(5)(b) modifié par *Criminal Code Amendment Act, 1975*, S. Tas. 1975,

no. 74, s. 12, and *Criminal Code Amendment Act, 1987*, S. Tas. 1987, no. 83, s. 8.

n° 74, art. 12, et *Criminal Code Amendment Act, 1987*, S. Tas. 1987, n° 83, art. 8.

Authors Cited

Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, vol. 1, 43rd ed. By Stephen Mitchell, P. J. Richardson, eds. and D. A. Thomas, sentencing ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.

Bishop, John. *Criminal Procedure*. Sydney: Butterworths, 1983.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987.

Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Procedure*, vol. 4, 13th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Pub. Co., 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 70 C.C.C. (3d) 489, 22 W.A.C. 225, allowing an appeal and ordering a new trial from an acquittal by Anderson J. sitting with jury. Appeal allowed, *L'Heureux-Dubé J.* dissenting.

Noel C. O'Brien, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have taken cognizance of the majority opinion and, with respect, I disagree as to their reasons as well as the results they reach.

I entirely agree with the Court of Appeal of British Columbia (1992), 70 C.C.C. (2d) 489, that a new trial is warranted in this case for the reasons expressed by McEachern C.J.B.C. writing for a unanimous court (Wood and Hinds JJA. concurring).

Accordingly, I would dismiss the appeal.

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

Doctrine citée

Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, vol. 1, 43rd ed. By Stephen Mitchell, P. J. Richardson, eds. and D. A. Thomas, sentencing ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.

Bishop, John. *Criminal Procedure*. Sydney: Butterworths, 1983.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987.

Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Procedure*, vol. 4, 13th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Pub. Co., 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 70 C.C.C. (3d) 489, 22 W.A.C. 225, qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Anderson, qui siégeait avec un jury, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge *L'Heureux-Dubé* est dissidente.

Noel C. O'Brien, pour l'appellant.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance de l'opinion de la majorité et, avec déférence, je ne partage ni leurs motifs ni le résultat auquel ils en arrivent.

Je suis entièrement d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-britannique (1992), 70 C.C.C. (2d) 489, qu'un nouveau procès doit être ordonné dans cette affaire pour les motifs exprimés par le juge en chef McEachern, au nom de la Cour (les juges Wood et Hinds concourant).

En conséquence, je rejetterais l'appel.

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

CORY J.—The appellant Barry Evans was charged with first degree murder. After a three week trial, he was acquitted. The Crown appealed and the British Columbia Court of Appeal directed a new trial. An appeal to this Court followed. During oral argument, the Court was advised that the scheduled date for the new trial was imminent. No new issues of law were raised on this appeal. The disposition turns upon the facts of the case and the proceedings at trial. As a result, at the conclusion of oral submissions, the Court, with L'Heureux-Dubé J. dissenting, allowed the appeal, set aside the order of the Court of Appeal directing a new trial and restored the acquittal with reasons to follow.

Factual Background

So much turns on the facts that they must be set out at some length. For many years, Barry Evans had been a friend of the deceased Rick Sample. They had similar interests, worked together in a company and indeed lived together for some time. About a year and a half prior to the murder of Rick Sample, their friendship had suffered as a result of a relationship which had developed between Rick Sample's wife Linda and Barry Evans. The evidence is confused as to the nature of the relationship between Linda Sample and the appellant. There can be no doubt there was a mutual attraction. The relationship continued from 1987 until the death of Rick Sample.

There was an attempt to resolve the differences caused by this association at a meeting in November 1988. However, tensions rose again a year later. The appellant sent Linda Sample a birthday gift of stuffed animals that Rick Sample judged inappropriate. That December, a few weeks before the homicide, during a ski trip with Rick Sample and some mutual friends, Linda Sample and the appellant, in the back seat of a car, simulated a stroking of each other. At trial, Linda Sample admitted she lied at the preliminary about whether she told her husband about this incident. After the trip, Linda Sample asked for a letter from Evans

LE JUGE CORY—Accusé de meurtre au premier degré, l'appelant, Barry Evans, a été acquitté à l'issue d'un procès ayant duré trois semaines. Le ministère public a interjeté appel, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour a ensuite été saisie du présent pourvoi. Pendant la plaidoirie, la Cour a été avisée que le nouveau procès devait avoir lieu incessamment. Le présent pourvoi ne soulève pas de nouvelles questions de droit. Ce sont les faits de l'espèce et le déroulement du procès qui sont en cause. À la suite des plaidoiries, la Cour, à l'exception du juge L'Heureux-Dubé qui est dissidente, a accueilli le pourvoi, annulé l'ordonnance de nouveau procès de la Cour d'appel et rétabli le verdict d'acquiescement, les motifs de sa décision devant être prononcés ultérieurement.

d Les faits

Comme ils sont très déterminants en l'espèce, les faits doivent être exposés de manière assez détaillée. Barry Evans et la victime, Rick Sample, étaient amis depuis de nombreuses années. Ils avaient des goûts communs, travaillaient ensemble pour la même entreprise et avaient même cohabité pendant un certain temps. Environ un an et demi avant le meurtre de Rick Sample, leur amitié avait été ébranlée du fait que des liens s'étaient établis entre Linda, l'épouse de Rick Sample, et Barry Evans. La preuve n'est pas claire quant à la nature des liens qui existaient entre Linda Sample et l'appelant, mais il ne fait aucun doute qu'il y avait attirance réciproque entre eux. La relation a duré de 1987 jusqu'au décès de Rick Sample.

Une rencontre visant à mettre fin aux tensions suscitées par cette relation avait eu lieu en novembre 1988. Un an plus tard, la situation redevenait tendue. L'appelant avait fait parvenir à Linda Sample, pour son anniversaire, des animaux en peluche, ce que Rick Sample avait jugé déplacé. En décembre de la même année, quelques semaines avant le meurtre, l'appelant était allé faire du ski en compagnie de Rick Sample et de quelques amis communs; alors qu'ils prenaient place à l'arrière d'une automobile, Linda Sample et l'appelant avaient feint de se caresser. Au procès, Linda Sample a admis avoir menti à l'enquête

stating that he loved her. However, in the days prior to the death of Mr. Sample, things seemed to have returned to normal as the appellant sent both Rick and Linda Sample Christmas gifts. By the fall of 1989, Barry Evans was interested in another young woman and Linda Sample was aware of this.

The Crown tendered some evidence which was intended to demonstrate that the appellant wanted to play the role of an assassin and was developing a computer game with this theme. Linda Sample testified that he had said that contracting for a hit man to eliminate rivals at work could be considered an investment in one's future. However, numerous witnesses testified that he was generally known as a gentle, considerate, non-violent person with a sense of humour, an even temperament and one who avoided confrontations.

In the fall of 1989, Evans purchased a second-hand .22 calibre pistol and asked the previous owner how to transport it to Vancouver as he was thinking of moving out there. He joined the Firing Line Gun Club in Calgary where he lived. He applied for and obtained a permit for the gun. The appellant testified that on October 27, he called Linda Sample and told her that he had been to a local gun club. In the course of a telephone call to Linda Sample on December 1, he informed her that he had purchased a gun and, during another call on December 17, he said that he had been at the gun club again.

On December 26, 1989, there was a long conversation between Barry Evans and Linda Sample. The appellant testified that it was during the course of this conversation that Linda Sample suggested in a joking way that he bring the gun to Vancouver so that she could learn to shoot it. Linda Sample testified that this topic had not been discussed and that she had made no such request.

préliminaire quant à savoir si elle avait fait part de l'incident à son mari. Au retour, Linda Sample avait demandé à Barry Evans qu'il lui écrive une lettre d'amour. Toutefois, dans les jours qui ont précédé la mort de M. Sample, la situation semblait être revenue à la normale, l'appellant ayant envoyé des présents à Rick et à Linda à l'occasion de Noël. À l'automne de 1989, Linda Sample a appris que Barry Evans s'intéressait à une autre jeune femme.

Le ministère public a présenté certains éléments de preuve dans le but d'établir que l'appellant s'imaginait dans le rôle d'un assassin et qu'il avait entrepris la mise au point d'un jeu électronique exploitant cette idée. Selon le témoignage de Linda Sample, il avait déclaré qu'obtenir des contrats comme tueur à gages pour supprimer les rivaux au travail pouvait devenir un bon placement. De nombreux témoins ont cependant déposé que l'appellant était considéré comme une personne aimable, prévenante et pacifique, qu'il avait le sens de l'humour, qu'il était d'humeur égale et qu'il évitait les affrontements.

À l'automne de 1989, M. Evans a fait l'acquisition d'un pistolet d'occasion de calibre .22. Il a demandé au vendeur de quelle manière il pouvait l'emporter à Vancouver, vu qu'il envisageait de s'établir dans cette ville. Habitant Calgary, il s'était inscrit au Firing Line Gun Club de cette ville. Il a demandé et obtenu un permis à l'égard du pistolet. L'appellant a témoigné avoir téléphoné à Linda Sample le 27 octobre et lui avoir dit qu'il s'était rendu dans un club de tir local. Le 1^{er} décembre, il l'a informée au téléphone qu'il s'était porté acquéreur d'un pistolet puis, le 17 décembre, qu'il s'était à nouveau rendu au club de tir.

Le 26 décembre 1989, Barry Evans et Linda Sample ont eu une longue conversation. L'appellant a témoigné que c'est au cours de cet entretien que Linda Sample a proposé, sur le ton de la plaisanterie, qu'il apporte le pistolet à Vancouver afin qu'elle puisse apprendre à s'en servir. Linda Sample a soutenu que ce sujet n'avait pas été abordé et qu'elle n'avait pas formulé de demande de ce genre.

While she had indicated that she did have an interest in shooting a gun, Linda Sample testified that she was unsure about whether Barry Evans owned a gun. She assumed that he was using a club gun. She did not mention the appellant's new hobby during her brief interview with the police on the day of the murder, December 28. But, at the end of the interview of December 30, she did tell them that Evans had joined a gun club. After that interview, Corporal Doige, an investigating RCMP officer, also noted that Linda Sample thought the appellant might have a gun. However, under cross-examination at trial, he admitted that this might be "a mental note" rather than anything Linda Sample had actually told him. Indeed, on January 3 in a third interview, when asked when she found out the appellant had a gun, she responded that she did not know he had a gun, only that he had joined a gun club.

A friend of Linda Sample who lived in Calgary gave evidence that she saw Evans in Calgary on December 27. She said that he appeared to be in a good mood and there was nothing abnormal about his behaviour. Similarly, Jeannie Tam, the wife of Linda Sample's employer, saw Linda Sample at work the day of the murder and found her to be her "usual self".

On December 28 the appellant took his gun and some ammunition out to the airport. There, he purchased a ticket to Vancouver using the name of Jones. He explained that he used a false name in case there was trouble with the gun which he was illegally transporting as luggage. The flight from Calgary brought him into Vancouver at 10:25 a.m. local time.

He testified that he met Linda Sample at the information booth at Simon Fraser University at noon. Linda Sample told him that she had changed her mind about going shooting and that she was going back to work. Evans was upset that she had brought him all the way out to Vancouver and then refused to take the afternoon off work. After show-

Bien qu'elle ait laissé entendre qu'elle s'intéressait au maniement d'un pistolet, Linda Sample a témoigné qu'elle n'était pas certaine que Barry Evans possédait une arme. Elle a supposé qu'il utilisait un pistolet du club. Elle n'a pas fait mention du nouveau passe-temps de l'appelant pendant sa brève rencontre avec les policiers, le 28 décembre, soit le jour du meurtre. Mais, le 30 décembre, à la fin d'un nouvel interrogatoire, elle leur a dit que M. Evans était devenu membre d'un club de tir. Après cet interrogatoire, un enquêteur de la GRC, le caporal Doige, a également noté que Linda Sample croyait que l'appelant possédait peut-être un pistolet. Toutefois, au procès, il a admis en contre-interrogatoire qu'il avait pu s'agir d'une «impression» plutôt que des propos véritables de Linda Sample. En effet, le 3 janvier, lors d'une troisième rencontre, lorsqu'on lui a demandé à quel moment elle a appris que l'appelant possédait un pistolet, M^{me} Sample a répondu qu'elle ignorait qu'il avait un pistolet, mais savait seulement qu'il était devenu membre d'un club de tir.

Une amie de Linda Sample qui habitait Calgary a témoigné qu'elle avait aperçu M. Evans à Calgary le 27 décembre. Elle a précisé qu'il semblait de bonne humeur et qu'il n'y avait rien d'anormal dans son comportement. De même, Jeannie Tam, l'épouse de l'employeur de M^{me} Sample, a confirmé la présence de cette dernière au travail le jour du meurtre et précisé que son comportement lui avait paru normal.

Le 28 décembre, l'appelant s'est rendu à l'aéroport de Calgary, emportant son pistolet et quelques munitions. Il s'est alors procuré un billet pour Vancouver au nom de Jones. Selon ses dires, il a eu recours à une fausse identité pour le cas où le transport illégal d'un pistolet lui aurait attiré des ennuis. Il est arrivé à Vancouver à 10 h 25, heure locale.

Il a témoigné avoir rencontré Linda Sample au bureau des renseignements de l'Université Simon Fraser à midi. Celle-ci lui a dit qu'elle avait changé d'avis au sujet des exercices de tir et qu'elle comptait plutôt retourner au travail. Monsieur Evans était mécontent de ce qu'elle l'avait fait venir jusqu'à Vancouver pour refuser ensuite de prendre un

ing her how to operate his gun, he left it in the glove compartment of her car. Evans said they made some tentative arrangements to meet at a restaurant on Granville Island. Linda Sample, in her testimony, denied meeting Evans on that date, receiving the gun from him, or being involved in the death of her husband.

Evans stated that when he left Linda he went to the Sample home by taxi to talk to Rick Sample. They had an argument about the appellant's relationship with Linda Sample. He left the house around 2:30 p.m. He walked to the airport and arrived around 3:30 p.m. or 3:45 p.m. The airline records show that he purchased a ticket at 4:23 p.m. on the 6:00 o'clock flight to Calgary. He paid cash and used the name of Wilson. He made two calls to friends in Calgary before flight time. In the first call, he left the impression that he was in Calgary. In the second, he left a message stating he was in Calgary. Upon his return, the appellant told friends that he had been in Calgary all day and had not been able to meet with them as planned because of a misunderstanding. At trial, he explained that he was embarrassed about having gone out to Vancouver for nothing and that he lied to his friends for social reasons.

The police said that it was possible to walk the 10 kilometres from the Sample home to the airport in 72 minutes by cutting across a field. It was of course impossible for the appellant, who does not drive, to have rented a car because he would have been required to produce a valid driver's licence. Just as there is no record of a taxi taking the appellant to the Sample residence from the university, there is no record of a cab company's picking up a passenger at or near the Sample home and going to the airport. The appellant testified that he could run a 10 kilometre race in 40 to 45 minutes but that

après-midi de congé. Après lui avoir montré comment se servir du pistolet, M. Evans a déposé l'arme dans la boîte à gants de l'auto de M^{me} Sample. Monsieur Evans a témoigné en outre qu'ils avaient plus ou moins convenu de se rejoindre dans un restaurant de l'île Granville. Dans son témoignage, Linda Sample a nié avoir rencontré M. Evans ce jour-là, avoir reçu de sa part le pistolet, ou être impliquée dans le meurtre de son mari.

Monsieur Evans a déposé que, après avoir quitté Linda, il s'est rendu en taxi à la résidence du couple pour s'entretenir avec Rick Sample. Ils se sont alors disputés au sujet de la relation de l'appellant avec Linda Sample. L'appellant a quitté les lieux vers 14 h 30 puis marché jusqu'à l'aéroport où il est arrivé vers 15 h 30 ou 15 h 45. Les dossiers du transporteur aérien révèlent que, à 16 h 23, l'appellant s'est procuré un billet pour le vol de 18 h à destination de Calgary; il a payé comptant et il a utilisé le nom de Wilson. Avant l'embarquement, il a fait deux appels téléphoniques pour joindre des amis à Calgary. Au cours du premier appel, il a donné l'impression qu'il se trouvait à Calgary. Dans le deuxième, il a laissé un message selon lequel il était à Calgary. À son retour, l'appellant a dit à ses amis qu'il avait été à Calgary toute la journée et qu'il n'avait pu les rencontrer comme prévu en raison d'un malentendu. Au procès, il a expliqué qu'il se sentait mal à l'aise d'être allé à Vancouver pour rien et qu'il avait menti pour ménager les apparences.

Selon les policiers, il est possible de parcourir à pied, en 72 minutes, les 10 kilomètres qui séparent la résidence des Sample de l'aéroport, en coupant à travers champs. L'appellant, qui ne sait pas conduire, ne pouvait évidemment pas avoir loué une voiture, puisqu'il aurait dû alors présenter un permis de conduire valide. Tout comme il n'existe aucune preuve de la course en taxi de l'appellant depuis l'université jusque chez les Sample, rien n'établit qu'un taxi ait pris un passager à la résidence des Sample, ou à proximité, pour se rendre à l'aéroport. L'appellant a témoigné qu'il pouvait courir 10 kilomètres en 40 ou 45 minutes, mais qu'il était alors vêtu pour le travail et non pour la

he was dressed for work and not for running that day and was carrying a bag.

On December 28 the day of the murder, Linda Sample drove to work arriving around 7:30 a.m. She testified that she later went to the Burnaby aquatic centre where she swam for 30 to 45 minutes, had lunch and then returned to work. A wet towel was later found in her car. Jeannie Tam stated that Sample was away from the office from 12:30 to 1:30 p.m. Linda Sample stated that she left work about 4:30 p.m. and Ms. Tam heard her leave at that time. She drove directly to her home and arrived around 5:00 p.m. She said traffic was light that day and she might have arrived 10 minutes earlier than that. When she came into the house, she found her husband lying on the floor. She dialled 911 for an ambulance and attempted to administer mouth to mouth resuscitation.

Rick Sample had been shot three times, once in the head and twice in the chest. Although the murder weapon was never found, the shell casings at the scene indicated that the appellant's gun had been used to kill Sample. Expert evidence indicated that death occurred sometime between 12:30 p.m. and 4:30 p.m.

There can be no doubt that Rick Sample was alive at least until 3:30 p.m. Gail Ross, an employee of the University of British Columbia, said that she telephoned and spoke to him between 3:30 p.m. and 4:00 p.m., but closer to 4:00 p.m. as she was preparing to leave work when she called. She said they had a 10 minute conversation about a computer problem that she was experiencing. She said that there was nothing from the telephone conversation to indicate that there was anything wrong with him at that time. Irene Sample, the sister of Rick Sample, testified that she attempted to telephone her brother between 3:30 p.m. and 3:45 p.m. She said she did not receive a busy signal but the telephone was not answered. It is worthy of note that even if the phone calls were made at the earlier time of 3:30 p.m., it might raise at least a reasonable doubt that Evans could have killed Sample, walked to the airport and purchased a ticket by

course à pied, sans compter qu'il transportait un sac.

Le 28 décembre, soit le jour du meurtre, Linda Sample s'est rendue au travail en auto. Elle est arrivée vers 7 h 30. Selon son témoignage, elle est allée plus tard au centre de natation de Burnaby où elle a nagé de 30 à 45 minutes, a déjeuné, puis est retournée au travail. Une serviette humide a par la suite été trouvée dans son auto. Selon Jeannie Tam, elle s'est absentée du bureau de 12 h 30 à 13 h 30. Madame Sample a dit avoir quitté le bureau vers 16 h 30, et M^{me} Tam a confirmé ce fait. Elle s'est dirigée immédiatement vers la maison et est arrivée vers 17 h. Selon ses dires, il n'y avait pas beaucoup de circulation ce jour-là, et il est possible qu'elle soit arrivée à la maison dix minutes plus tôt. En entrant, elle a trouvé son mari gisant sur le sol. Après avoir composé le 911 et demandé une ambulance, elle a tenté de ranimer son mari en pratiquant le bouche à bouche.

Rick Sample a été atteint par trois projectiles, l'un à la tête et deux à la poitrine. Bien que l'arme du crime n'ait jamais été retrouvée, les douilles découvertes sur les lieux établissent que c'est avec le pistolet de l'appellant que Rick Sample a été assassiné. Selon le témoignage d'un expert, le décès serait survenu entre 12 h 30 et 16 h 30.

Il ne fait aucun doute qu'à 15 h 30, à tout le moins, Rick Sample était toujours vivant. Une employée de l'Université de la Colombie-Britannique, Gail Ross, a dit lui avoir parlé au téléphone entre 15 h 30 et 16 h, mais plus vraisemblablement quelques minutes avant 16 h, puisqu'elle s'apprêtait alors à quitter le bureau. Elle a témoigné qu'ils avaient eu une conversation d'une dizaine de minutes au sujet d'un problème d'ordre informatique avec lequel elle était aux prises. Selon elle, rien n'aurait pu lui laisser croire alors que quelque chose n'allait pas pour M. Sample. La sœur de Rick Sample, Irene Sample, a témoigné qu'elle avait tenté de joindre son frère au téléphone entre 15 h 30 et 15 h 45. La ligne n'était pas occupée, mais elle n'a obtenu aucune réponse. Il importe de signaler que, même si les appels téléphoniques avaient été faits à 15 h 30, il pouvait en résulter à tout le moins un doute raisonnable que l'appellant

4:23 p.m. even without allowing any time for line-ups.

The appellant initially lied to police about his whereabouts on the day of the murder, saying he was in Calgary. He testified that he lied at that time because he was afraid that Linda Sample had used the gun he had left with her to shoot her husband. After he had been arrested in Calgary, he made a series of statements to police during the flight to Vancouver, that could be read as either incriminatory or as simply expressing regret that Rick Sample had been killed. He later told the police that the murder weapon, which was never recovered, was in a place where it would not hurt anybody. At trial, he explained that at the time he was thinking that Linda Sample either still had the gun or had disposed of it safely.

In any event, after three weeks of trial and hearing 38 witnesses, the jury acquitted Evans.

The Court of Appeal for British Columbia (1992), 70 C.C.C. (3d) 489

The Court of Appeal found that the trial judge erred in failing to allow the Crown to re-examine Linda Sample. The Crown wanted to show that she had volunteered the name of the appellant as someone who matched the profile that the police had drawn of the killer of her husband. Since Linda Sample could only have obtained the murder weapon from the appellant, it would be absurd for her to put the police on a lead that would inevitably direct them back to her. Her answer would have supported her credibility in front of the jury. On the same issue, the court found that Corporal Doige's testimony that the appellant's name "came up" during his conversation with Linda Sample, was not sufficient to remedy the ruling prohibiting her re-examination.

ait pu tuer M. Sample, se rendre à pied à l'aéroport et acheter un billet à 16 h 23, même en supposant qu'il n'y ait eu aucune file d'attente.

Au début, l'appelant a menti aux policiers concernant ses faits et gestes le jour du meurtre en prétendant qu'il était à Calgary. Il a témoigné avoir menti parce qu'il craignait alors que Linda Sample n'ait abattu son mari avec le pistolet qu'il lui avait laissé. Après son arrestation à Calgary, il a, pendant le vol vers Vancouver, fait aux policiers une série de déclarations qui peuvent être considérées comme incriminantes ou comme ne traduisant que le regret que Rick Sample ait été tué. L'appelant a par la suite révélé à la police que là où se trouvait l'arme du crime, qui n'a jamais été retrouvée, elle ne pourrait blesser personne. Au procès, il a précisé qu'il croyait alors que Linda Sample était toujours en possession de l'arme ou qu'elle l'avait mise en lieu sûr.

Quoi qu'il en soit, après trois semaines de procès et l'audition de 38 témoins, le jury a acquitté M. Evans.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 70 C.C.C. (3d) 489

La Cour d'appel a statué que le juge du procès a commis une erreur en ne permettant pas que Linda Sample soit réinterrogée. Le ministère public voulait en effet prouver que M^{me} Sample avait spontanément mentionné le nom de l'appelant comme étant une personne correspondant au profil de l'assassin établi par la police. Comme elle n'avait pu obtenir l'arme du crime qu'auprès de l'appelant, il aurait été absurde que M^{me} Sample mette la police sur une piste qui, fatalement, aurait remonté jusqu'à elle. Sa réponse aurait donc renforcé sa crédibilité auprès du jury. Relativement à la même question, la cour a jugé que le témoignage du caporal Doige, selon lequel le nom de l'appelant avait été mentionné au cours de son entretien avec Linda Sample, n'était pas suffisant pour contrebalancer la décision interdisant qu'elle soit réinterrogée.

The court then considered whether the Crown had met the burden of demonstrating that the verdict would not necessarily have been the same but for this error. At one point, the court indicated at p. 502 that the Crown's case was "very strong . . . almost an unanswerable one", at another point it referred to the case as being "closely balanced". The latter evaluation appears to be the more accurate assessment. In any event, it held that the jury was presented with a choice between the conflicting testimony of the accused and of Linda Sample. Any additional evidence which would furnish a reason why one of them should more likely be believed than the other became highly material.

The Court of Appeal also took issue with one aspect of the charge which dealt with the assessment of circumstantial evidence. It was found that this portion of the charge invited the jury to apply the test of reasonable doubt not only to the essential ingredients or elements of the defence but also to every subsidiary fact. Nonetheless, the court went on to mention that if this was the only error, it was not sufficiently serious to warrant the granting of a new trial. However, when it was considered together with the failure to permit the re-examination of Linda Sample, it constituted a basis for ordering a new trial.

Points in Issue

There are three matters to be considered. First, did the trial judge's instructions to the jury amount to a misdirection on the issue of proof beyond a reasonable doubt? Second, should the trial judge have permitted the Crown to re-examine Linda Sample as to whether she gave the name of the appellant to the police as a person matching the police profile of the killer? Three, if an error was made in either of the above matters, would the verdict have necessarily not been the same, but for the errors.

La cour a ensuite examiné la question de savoir si le ministère public avait prouvé que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même n'eût été l'erreur. À un certain moment, la cour a donné à entendre, à la p. 502, que la preuve du ministère public était [TRADUCTION] «très convaincante [. . .] presque irréfutable» et, à un autre, elle a exprimé l'avis que les preuves se valaient de part et d'autre. Cette dernière analyse paraît être la plus juste. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a statué que le jury avait été appelé à trancher entre les versions contradictoires de l'accusé et de Linda Sample. Tout élément de preuve supplémentaire qui aurait rendu l'un des témoignages plus crédible que l'autre devenait alors capital.

La Cour d'appel a également contesté un aspect de l'exposé au jury qui traitait de l'appréciation de la preuve circonstancielle. Elle a conclu que cet élément de l'exposé invitait le jury à appliquer le critère du doute raisonnable non seulement à l'égard des aspects essentiels de la défense, mais aussi à l'égard de chacun des faits subsidiaires. Néanmoins, elle a précisé que s'il s'agissait de la seule erreur, elle n'était pas assez grave pour justifier la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, considérée de pair avec le refus de permettre le réinterrogatoire de Linda Sample, cette erreur constituait un motif suffisant pour ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les questions en litige

Trois questions doivent être examinées. Premièrement, les directives que le juge du procès a données au jury étaient-elles erronées quant à la question de la preuve hors de tout doute raisonnable? Deuxièmement, le juge du procès aurait-il dû permettre au ministère public de réinterroger Linda Sample afin de déterminer si elle avait mentionné à la police le nom de l'appellant comme étant une personne correspondant au profil du meurtrier établi par la police? Troisièmement, si une erreur a été commise relativement à l'un ou l'autre de ces deux aspects, le verdict aurait-il nécessairement été différent n'eût été cette erreur?

Analysis1. *The Charge as to Reasonable Doubt*

The Crown raised for the first time in the Court of Appeal an objection to the trial judge's charge relating to circumstantial evidence. That portion of the charge reads as follows:

When you are considering direct evidence or circumstantial evidence, you must bear in mind the onus of the Crown to satisfy you beyond a reasonable doubt. In dealing with direct evidence as to facts, you must be satisfied that those facts have been so established. And in dealing with circumstantial evidence you must be satisfied not only that the facts have been established, but also satisfied beyond a reasonable doubt that any inference that you draw from them is a proper one. [Emphasis added.]

At the outset, it's worth repeating that a jury charge should not be microscopically examined and parsed. There is no such thing as a perfect jury charge. Rather, the directions to the jury must be looked at as a whole to determine if there has been any error. See, for example, *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758.

When read as a whole, it can be seen that the charge is eminently fair. Although it is not determinative, it is significant that the Crown made no objection at trial to this aspect of the charge. Indeed, as the Court of Appeal observed it is doubtful that this direction, if it stood alone, would justify the granting of a new trial.

A review of the directions makes it crystal clear that the jury was instructed to consider the evidence as a whole and not in piecemeal fashion. Indeed in dealing with the circumstantial evidence, it is significant that the trial judge instructed the jury to consider that evidence in the context of the Crown and defence theories and in relation to the evidence as a whole. The following are examples of the instructions to the jury which were emi-

Analyse1. *L'exposé au jury concernant le doute raisonnable*

Le ministère public a soulevé pour la première fois, devant la Cour d'appel, une objection à l'égard de l'exposé au jury fait par le juge du procès, concernant la preuve circonstancielle. Voici l'extrait pertinent de l'exposé au jury:

[TRADUCTION] Pour apprécier une preuve directe ou circonstancielle, vous devez vous rappeler que le ministère public doit vous convaincre hors de tout doute raisonnable. Lorsqu'il s'agit de soupeser la preuve directe se rapportant aux faits, vous devez être convaincus que ces faits ont ainsi été établis. Et en ce qui concerne la preuve circonstancielle, vous devez être convaincus non seulement que ces faits ont été prouvés, mais aussi que toute conclusion tirée à partir de ces faits est, hors de tout doute raisonnable, fondée. [Je souligne.]

Il convient d'insister tout d'abord sur le fait que l'exposé au jury ne doit pas être examiné à la loupe ni décortiqué. Un exposé au jury n'est jamais parfait. Les directives doivent plutôt être considérées dans leur ensemble lorsqu'il s'agit de déterminer si une erreur a été commise. Voir, à titre d'exemple, *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758.

Il appert que l'exposé au jury, considéré dans son ensemble, est tout à fait correct. Il importe de signaler, bien que ce ne soit pas déterminant, que le ministère public n'a formulé aucune objection, lors du procès, relativement à cet aspect de l'exposé. En fait, comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, on peut douter que cette directive puisse, à elle seule, justifier la tenue d'un nouveau procès.

Il ressort clairement de l'examen des directives que le jury a été invité à considérer la preuve dans son ensemble, et non pas par bribes. De fait, pour ce qui concerne la preuve circonstancielle, il faut retenir que le juge du procès a invité le jury à examiner la preuve en tenant compte des théories élaborées par le ministère public et par la défense, ainsi que de l'ensemble de la preuve. Voici quelques-unes des directives données au jury qui

nently sound and correct in dealing with the evidence:

(a) "During your deliberations it will be your responsibility to consider the whole of the evidence. You do not consider the evidence piecemeal, you consider it as a whole package."

(b) "And as in every other matter in the trial, it will be for you to determine what weight, if any, you are prepared to give to the evidence in view of all of the circumstances that you have heard and the evidence which has been placed before you."

(c) "Now, it will be up to you to assess the evidence that he has given. You will have to take that evidence as a whole and as part of the evidence that you heard."

(d) "All of his conversation is before you and you will have to consider his words in that conversation and his explanation in light of the whole of the conversation and in the light of the whole of the evidence."

(e) "Now, the Crown further says that you should consider the statements of the accused in a taped interview of December 30th and the statements to the police officers on January 18th after he had been arrested and charged with first degree murder in conjunction with all of the evidence before you."

(f) "On all of the evidence the Crown submits that there should be no doubt in your mind that the accused did kill Rick Sample . . ." [Emphasis added.]

These instructions meet the test laid down in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 361, where Sopinka J. wrote:

. . . the law lays down only one basic requirement: during the process of deliberation the jury or other trier of fact must consider the evidence as a whole and determine whether guilt is established by the prosecution beyond a reasonable doubt.

And further at p. 362:

The jury should be told that the facts are not to be examined separately and in isolation with reference to the criminal standard.

étaient de toute évidence justes et opportunes relativement à l'examen de la preuve:

[TRADUCTION]

^a a) «Pendant vos délibérations, il vous incombera de considérer la preuve dans son ensemble. Vous ne devez pas examiner la preuve par bribes, mais comme s'il s'agissait d'un tout.»

^b b) «Et, comme pour tous les autres aspects du procès, vous devrez déterminer quel poids, s'il en est, vous êtes disposés à accorder à la preuve compte tenu de l'ensemble des circonstances dont vous avez pris connaissance et de la preuve qui vous a été présentée.»

^c c) «Dès lors, il vous appartiendra d'apprécier son témoignage. Vous devrez considérer ce témoignage dans son ensemble et dans le cadre de la preuve qui vous a été présentée.»

^d d) «La teneur de sa conversation vous est présentée en entier et vous devrez considérer ses paroles au cours de cet entretien ainsi que l'explication qu'il a fournie, dans le contexte de la conversation dans son ensemble et dans le contexte de l'ensemble de la preuve.»

^e e) «Ainsi, comme le soutient le ministère public, vous devriez considérer l'entretien enregistré fait par l'accusé le 30 décembre, de même que les déclarations qu'il a faites aux policiers le 18 janvier après avoir été arrêté et inculpé de meurtre au premier degré, de pair avec l'ensemble de la preuve qui vous est présentée.»

^f f) «Compte tenu de l'ensemble de la preuve, le ministère public soutient qu'il ne devrait pas y avoir de doute dans votre esprit que l'accusé a assassiné Rick Sample . . .» [Je souligne.]

^h Ces directives respectent le critère établi dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 361, où le juge Sopinka dit ce qui suit:

. . . le droit n'impose qu'une seule exigence fondamentale: pendant les délibérations, le jury ou un autre juge des faits doit examiner la preuve comme un tout et décider si la poursuite a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Et plus loin, à la p. 362:

^j On devrait dire au jury que les faits ne doivent pas être examinés séparément et isolément en regard de la norme en matière criminelle.

It is evident that the trial judge followed these directions. The jury was never invited to apply the criminal standard to isolated pieces of evidence or to reach their decision through some sort of two-step process. The nature of the trial itself indicates the relative unimportance of this aspect of the charge. In this case the accused testified. It was admitted that it was his gun that killed Rick Sample. Further, he admitted the statements he gave to the police. In essence, this case turned upon the credibility of the witnesses Linda Sample and Barry Evans.

In sum, when the jury charge is looked at as a whole, it can be seen that there was no error committed in the instructions relating to the manner in which the evidence was to be considered. This cannot be a ground for ordering a new trial.

2. The Ruling of the Trial Judge Prohibiting the Crown from Re-examining Linda Sample

The trial judge refused to permit the Crown to re-examine Linda Sample as to whether she named, during an interview on December 30, the appellant as a person matching the police profile of the killer. On this issue, it was the appellant's position that the judge's ruling on the question the Crown wished to put to Linda Sample was no more than a discretionary decision to refuse to permit re-examination. The Crown on the other hand, argued that it constituted an erroneous ruling on the admissibility of the evidence.

Admissibility of her Statements to Police

In my view, this evidence, which the Crown attempted to introduce in re-examination, was admissible. The Crown sought to use this testimony to support the credibility of Linda Sample on the grounds that she would never disclose the name of the person from whom she got the gun when that would inevitably direct police attention back to her.

Le juge du procès a manifestement respecté ces exigences. Le jury n'a jamais été invité à appliquer la norme en matière criminelle à des éléments de preuve pris isolément non plus qu'à prendre sa décision en ayant recours à quelque processus en deux étapes. Il ressort de la nature même du procès que cet aspect de l'exposé au jury était relativement peu important. Dans la présente affaire, l'accusé a témoigné. Il est reconnu que c'est son pistolet qui a servi à abattre Rick Sample. En outre, il a confirmé les déclarations qu'il avait faites aux policiers. L'issue de la présente affaire repose donc essentiellement sur la crédibilité des témoins Linda Sample et Barry Evans.

En somme, il appert que l'exposé au jury, considéré dans son ensemble, n'est entaché d'aucune erreur quant à la manière dont la preuve devait être appréciée. La teneur des directives au jury ne justifie donc pas la tenue d'un nouveau procès.

2. La décision du juge du procès de ne pas autoriser le ministère public à réinterroger Linda Sample

Le juge du procès a refusé au ministère public de réinterroger Linda Sample quant à savoir si, le 30 décembre, lors d'un entretien, elle avait mentionné l'appelant comme étant une personne correspondant au profil de l'assassin établi par la police. À cet égard, l'appelant a soutenu que la décision du juge concernant la question que le ministère public souhaitait poser à Linda Sample relevait tout simplement de son pouvoir discrétionnaire de refuser le réinterrogatoire. Pour sa part, le ministère public a fait valoir qu'il s'agissait d'une décision erronée sur la recevabilité de la preuve.

La recevabilité des déclarations faites aux policiers

Selon moi, la preuve que le ministère public a tenté de présenter en réinterrogatoire était recevable. Le ministère public souhaitait utiliser ce témoignage pour renforcer la crédibilité de Linda Sample, étant donné que celle-ci n'aurait jamais attiré l'attention de la police sur la personne auprès de laquelle elle s'était procuré le pistolet, sachant fort bien que, inévitablement, les soupçons rejailliraient sur elle.

Linda Sample's testimony on this aspect of the case would not be hearsay. Hearsay generally involves the repetition by a witness at trial of an earlier declaration by someone who is not a witness. The statement is thus relayed indirectly to the trier of fact. But here, the Crown sought to elicit from a witness evidence not about what was said to her but what she said to the police on an earlier occasion.

Ordinarily, other persons may not be called to testify as to a witness's out of court statements. Nor may a witness repeat, in court, her own earlier statements. Generally, the narration by a witness of her previous declarations made to others outside of the court should be excluded because of its general lack of probative value and because such a repetition is, as a rule, self-serving. However, they may be admitted in support of the credibility of a witness in situations where that witness's evidence is challenged as being a recent fabrication or contrivance. See *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), at p. 18, *per* Martin J.A., and *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 409.

Further, it has been held that there need not be, in cross-examination, any express allegation of recent fabrication for the prior statements to be admissible. It is sufficient if, in light of the circumstances of the case and the conduct of the trial, the apparent position of the opposing party is that there has been a prior contrivance. In those situations, fairness and ordinary common sense require that the jury receive a balanced picture of the whole of the witness's conduct throughout the police investigation. To demonstrate that the evidence of the witness is not a recent fabrication it may be essential to introduce on re-examination a prior statement which shows the consistency of the witness' testimony. See *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3, at p. 25.

In this case, it was apparent that it was the position of the defence that Linda Sample had killed her husband and was attempting to blame the

Le témoignage de Linda Sample sur cet aspect de l'affaire n'aurait pas constitué du ouï-dire. Généralement, il y a ouï-dire lorsque, pendant un procès, un témoin rapporte une déclaration faite antérieurement par une personne qui n'est pas un témoin. La déclaration est ainsi communiquée indirectement au juge des faits. Or, en l'espèce, le ministère public cherchait à obtenir d'un témoin qu'elle révèle non pas ce qui lui avait été dit, mais bien ce qu'elle avait dit aux policiers précédemment.

Habituellement, on ne peut faire témoigner un tiers concernant les déclarations extrajudiciaires d'un témoin. Un témoin ne peut non plus répéter devant le tribunal les déclarations qu'il a faites précédemment. En règle générale, la relation, par un témoin, des déclarations antérieures qu'il a faites à l'extérieur de la salle d'audience n'est pas recevable parce qu'elle n'a pas, comme telle, de force probante et parce que, ordinairement, il s'agit d'une déclaration intéressée. Elle peut toutefois être recevable à l'appui de la crédibilité d'un témoin lorsque sa déposition est contestée pour le motif qu'elle serait une fabrication ou une invention récente. Voir *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), à la p. 18, le juge Martin, et *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 409.

En outre, les tribunaux ont statué qu'il n'était pas nécessaire, lors du contre-interrogatoire, qu'il y ait allégation expresse de fabrication récente pour que les déclarations antérieures soient recevables. Il suffit, compte tenu des circonstances de l'affaire et du déroulement du procès, que la position apparente de la partie adverse soit qu'il y a eu invention. En pareil cas, l'équité et le simple bon sens commandent que l'on brosse à l'intention du jury un tableau impartial de l'ensemble de la conduite du témoin pendant l'enquête policière. Pour établir qu'un témoignage n'est pas une fabrication récente, il peut être nécessaire de faire état, au moment du réinterrogatoire, d'une déclaration antérieure compatible du témoin. Voir *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3, à la p. 25.

Dans la présente affaire, il était évident que, pour la défense, Linda Sample avait tué son mari et tentait d'imputer le meurtre à l'appelant. Le con-

appellant for the murder. The nature of the cross-examination involved an attack on the truth of her testimony and of her statements given to the police. In those circumstances, the prior consistent statement made by Linda Sample to the police was admissible.

Should the Question Have Been Permitted on Re-examination

Even though it has been determined that the evidence was admissible, it remains to be seen whether the question should have been permitted on re-examination.

The issue is put very well by E. G. Ewaschuk in *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed., in these words at p. 16-29, para. 16:2510:

Questions permitted as of right on re-examination must relate to matters arising out of cross-examination which deal with new matters, or with matters raised in examination-in-chief which require explanation as to questions put and answers given in cross-examination. [Emphasis added.]

Generally speaking, the right to re-examine must be confined to matters arising from the cross-examination. As a general rule new facts cannot be introduced in re-examination. See *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (Ont. C.A.), per Martin J.A. In this case, the cross-examination of Linda Sample referred to her statements to police about the appellant. The police interview of December 30 was specifically alluded to during the cross-examination and had not been dealt with in-chief. It was in response to this cross examination that Linda Sample stated that, from the time of that meeting, she suspected the appellant of committing the crime. It would seem that the Crown had the right to re-examine Linda Sample as to precisely what she told the police at that time with regard to the appellant. It was a subject that had not been raised in the examination-in-chief but arose from the cross-examination. The trial judge

re-interrogatoire visait à contester la véracité de son témoignage et des déclarations qu'elle avait faites à la police. Vu les circonstances, la déclaration antérieure compatible que Linda Sample avait faite aux policiers était recevable.

Le juge du procès aurait-il dû autoriser la question en réinterrogatoire?

Même si la preuve a été jugée recevable, il reste à déterminer si la question aurait dû être autorisée en réinterrogatoire.

Voici la solution que formule, fort bien d'ailleurs, E. G. Ewaschuk dans *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd., (à la p. 16-29, par. 16:2510):

[TRADUCTION] Les questions qui peuvent être posées de plein droit lors du réinterrogatoire doivent porter sur des éléments issus du contre-interrogatoire, qui se rapportent à des faits nouveaux ou à des questions soulevées pendant l'interrogatoire principal et qui nécessitent des explications concernant les questions posées et les réponses données en contre-interrogatoire. [Je souligne.]

Généralement, le réinterrogatoire ne doit se rapporter qu'à des questions soulevées pendant le contre-interrogatoire. La règle habituelle veut en effet que des faits nouveaux ne puissent être présentés en réinterrogatoire. Voir *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (C.A. Ont.), le juge Martin. En l'espèce, le contre-interrogatoire de Linda Sample a porté sur les déclarations qu'elle avait faites aux policiers au sujet de l'appellant. C'est pendant le contre-interrogatoire qu'il a expressément été question de la rencontre du 30 décembre avec les policiers, et non pendant l'interrogatoire principal. Au cours du contre-interrogatoire, Linda Sample a affirmé que, depuis cette rencontre, elle soupçonnait l'appellant d'avoir commis le crime. Il semblerait que le ministère public avait le droit de réinterroger Linda Sample au sujet de ce qu'elle avait dit précisément aux policiers à ce moment-là concernant l'appellant. Le sujet n'avait pas été abordé pendant l'interrogatoire principal, mais il l'avait été en contre-interrogatoire. Le juge du procès a

erred in failing to allow re-examination on this point.

3. *Has the Crown Established that the Verdict Would not Necessarily Have Been the Same if the Trial Judge Had Properly Directed the Jury?*

In *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, the basis upon which a Crown can appeal an acquittal pursuant to s. 686(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was set out. There is was stated at p. 292, that "it was the duty of the Crown, in order to obtain a new trial, to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury." This test was re-affirmed in *R. v. Morin*, *supra*, at p. 374. There, it was emphasized that the onus resting upon the Crown was a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same. This is a very heavy onus and it is fitting that it should be.

In setting the standard for reversal, it is worth observing that, among the major English-speaking common-law jurisdictions, Canada appears to possess the most liberal provisions for Crown appeals. In some jurisdictions, particularly in the United States, the prosecution is limited to interlocutory appeals from unfavourable rulings made before a verdict is reached. Other jurisdictions permit prosecution appeals in limited circumstances such as where the information is quashed; where the trial is held to be a nullity or where a directed verdict of acquittal is entered. See *Wharton's Criminal Procedure*, 13th ed., vol. 4, at pp. 836-38; J. B. Bishop, *Criminal Procedure* (1983), at pp. 294-95; Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43rd ed., vol. 1, § 7-132 to § 7-137, at pp. 1042-47. It is only Canada, New Zealand (*Crimes Act*, R.S.N.Z. 1961, vol. 1, no. 43, ss. 380, 381, 382(2)(e) as amended by S.N.Z. 1991, no. 106, s. 11) and Tasmania (*Criminal Code Act, 1924*, R.S. Tas. 1826-1959, vol. 1, ss. 401(2)(b) and 402(5)(b) as amended by Crimi-

donc commis une erreur en ne permettant pas le réinterrogatoire à cet égard.

3. *Le ministère public a-t-il établi que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait donné des directives appropriées au jury?*

Le fondement sur lequel le ministère public peut en appeler d'un acquittement aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, a été établi dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La Cour a en effet conclu, dans cet arrêt, à la p. 292, qu'«il incombait au ministère public, pour obtenir un nouveau procès, de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury». Ce critère a été confirmé dans *R. c. Morin*, précité, à la p. 374. Dans ce dernier arrêt, la Cour a insisté sur le fait que la charge de la preuve du ministère public était considérable et que celui-ci devait convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Il s'agit d'une charge très lourde et il est juste qu'il en soit ainsi.

Lorsqu'il s'agit d'établir les critères applicables à l'inversion de la charge, il convient de signaler que, parmi les principaux ressorts de common law de langue anglaise, le Canada semble avoir adopté les dispositions les plus généreuses en ce qui concerne les pourvois du ministère public. Dans certains ressorts, aux États-Unis par exemple, la poursuite ne peut interjeter qu'un appel interlocutoire à l'égard d'une décision défavorable rendue avant que le verdict ne soit prononcé. D'autres pays autorisent la poursuite à en appeler dans certains cas précis comme lorsque la dénonciation est annulée, que le procès est jugé nul ou qu'un verdict imposé d'acquittement est inscrit. Voir *Wharton's Criminal Procedure*, 13^e éd., vol. 4, aux pp. 836 à 838; J. B. Bishop, *Criminal Procedure* (1983), aux pp. 294 et 295; Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43^e éd., vol. 1, § 7-132 à § 7-137, aux pp. 1042 à 1047. Seuls le Canada, la Nouvelle-Zélande (*Crimes Act*, R.S.N.Z. 1961, vol. 1, n^o 43, art. 380, 381 et al. 382(2)(e) modifié par S.N.Z. 1991, n^o 106,

nal Code Amendment Act, 1975, S. Tas. 1975, no. 74, s. 12, and Criminal Code Amendment Act, 1987, S. Tas. 1987, no. 83, s. 8) that permit full Crown appeals after verdicts of acquittal have been rendered on the merits. Of these, only Canada and Tasmania permit the Court of Appeal to substitute a conviction for an acquittal at trial, though in Canada this substitution is not possible after a jury verdict because of s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*. Finally, only Canada permits Crown appeals, on questions of law, as of right without having to first seek leave or reserve a question of law.

Among appellate courts there has always been a great deal of healthy respect for and deference to a jury verdict of acquittal. This deferential approach is appropriate and correct. The special significance of a verdict of acquittal by a jury has also been recognized by this Court in *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74. There on behalf of the majority it was said at p. 83:

The verdict of the jury constitutes, in a very real way, the verdict of the community. Trial by jury in criminal cases is a process that functions exceedingly well and constitutes a fundamentally important aspect of our democratic society. It is not members of the judiciary, but rather the members of the jury, sitting as members of the community, who make decision as to guilt or innocence which is so vitally important both to the individual accused and the community.

It follows that only if there was a significant error made by the trial judge in the course of the charge should the jury's verdict of acquittal be set aside. [Emphasis added.]

It is against this background that the evidence given at the trial of Barry Evans should be considered. In my view the error of the trial judge could not have affected the outcome of the trial. First and foremost, it must be remembered that the very evidence which the Crown sought to introduce

art. 11) et la Tasmanie (*Criminal Code Act, 1924, R.S. Tas. 1826-1959, vol.1, al. 401(2)b*) et 402(5)b) modifié par *Criminal Code Amendment Act, 1975, S. Tas. 1975, n° 74, art. 12, et Criminal Code Amendment Act, 1987, S. Tas. 1987, n° 83, art. 8*) autorisent le ministère public à interjeter appel une fois que le verdict d'acquittal a été prononcé sur le fond. Toutefois, il n'y a que le Canada et la Tasmanie qui autorisent la Cour d'appel à substituer une déclaration de culpabilité à un verdict d'acquittal au procès, bien que, au Canada, une telle substitution ne soit pas possible après le prononcé d'un verdict du jury, en raison du sous-al. 686(4)b)(ii) du *Code criminel*. Enfin, seul le Canada permet au ministère public d'interjeter appel de plein droit sur une question de droit, sans avoir à obtenir au préalable une autorisation à cet effet.

Les cours d'appel ont toujours manifesté un respect salubre à l'égard du verdict d'acquittal prononcé par un jury. Cette attitude respectueuse est à la fois juste et opportune. Le statut particulier du verdict d'acquittal prononcé par un jury a également été reconnu dans *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74. Voici un extrait du jugement de la majorité à ce sujet (à la p. 83):

Le verdict du jury constitue, d'une manière très réelle, le verdict de la collectivité. Le procès par jury dans les affaires pénales est un processus qui fonctionne extrêmement bien et constitue un aspect fondamentalement important de notre société démocratique. Ce ne sont pas les juges mais plutôt les membres du jury, siégeant à titre de membres de la collectivité, qui tranchent la question de la culpabilité ou de l'innocence, une décision d'importance vitale pour l'accusé et la collectivité.

Il en résulte que le verdict d'acquittal du jury ne peut être annulé que si une erreur importante a été commise par le juge du procès dans son exposé. [Je souligne.]

C'est dans ce contexte que les témoignages donnés pendant le procès de Barry Evans doivent être considérés. Selon moi, l'erreur du juge du procès n'a pas pu avoir d'incidence sur l'issue du procès. Premièrement, et c'est ce qui importe le plus, il faut se rappeler que la preuve que le ministère

through Linda Sample on re-examination was brought before the jury in the testimony of Corporal Doige. In response to Crown questioning as to why he interviewed Linda Sample, the following testimony was elicited from him:

Q. And what was the purpose in your going in, sir, or did you have several, I suppose?

A. I had one in particular. I had formed in my mind the type of person that I would be looking for, and I wanted to present the situation to her so that she could possibly attach a name to the type of person that I was looking for. And that was the main purpose for me taking her to her residence, and I went through the process of showing her exactly what I believed took place and what was taking place before the incident happened, and I had a discussion about much of their lifestyle at that time.

Q. All right. So other than the scenario you were presenting to her, you were also, I take it, extracting further details as best you could to again assist your general knowledge; is that fair?

A. That is right.

Q. Now, ultimately in the course of your discussion with her it's correct to say that the name Barry Evans came up; is that correct?

A. Yes it did. [Emphasis added.]

In this context, the most logical and easiest inference for the jury to draw was that Linda Sample volunteered the appellant's name.

As well, the evidence of Linda Sample in cross-examination referred to her discussions with Corporal Doige. There she stated that, as a result of those discussions, Barry Evans became a suspect in her mind. Thus, once again, the very sort of evidence that the Crown sought to introduce through the proposed re-examination of Linda Sample came out in her cross-examination.

Further, in light of Corporal Doige's testimony, it is clear that Linda Sample would not give as cogent evidence as the Court of Appeal speculated that she would. It is apparent that she did not volunteer the name of Barry Evans as a suspect. In her statement to the police, she said no more than that

public cherchait à introduire en réinterrogeant Linda Sample avait été présentée au jury à l'occasion du témoignage du caporal Doige. En réponse aux questions du ministère public quant aux raisons pour lesquelles il avait interrogé Linda Sample, voici quel a été le témoignage du caporal Doige.

[TRADUCTION]

Q. Et quel était le but de votre démarche, ou peut-être y en avait-il plusieurs?

R. Il y en avait un en particulier. Je m'étais fait une idée du genre de personne que je recherchais et je voulais lui exposer la situation de manière qu'elle puisse mettre un nom sur le genre de personne que je recherchais. C'était là la principale raison pour laquelle je l'ai amenée sur les lieux du crime. Je lui ai fait part en détail de ce qui, selon moi, s'était passé, ainsi que de ce qui avait dû précéder l'événement. J'ai discuté avec elle de leur style de vie d'alors.

Q. Très bien. En plus du scénario que vous lui avez proposé, vous tentiez, j'imagine, d'obtenir le plus de détails possible afin d'accroître votre connaissance des faits, est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Finalement, au cours de votre entretien avec elle, est-ce que le nom de Barry Evans a été mentionné?

R. Oui, il l'a été. [Je souligne.]

Dans ce contexte, la conclusion la plus logique et la plus aisée que pouvait tirer le jury était que Linda Sample avait spontanément mentionné le nom de l'appelant.

De même, en contre-interrogatoire, Linda Sample a fait état de ses entretiens avec le caporal Doige. Elle a témoigné que, par suite de ces entretiens, Barry Evans était devenu un suspect à ses yeux. Ainsi, à nouveau, la preuve même que le ministère public cherchait à introduire en voulant réinterroger Linda Sample avait déjà été obtenue en contre-interrogatoire.

De plus, étant donné le témoignage du caporal Doige, il est clair que Linda Sample n'aurait pas fourni une preuve aussi convaincante que la Cour d'appel le supposait. Il est évident qu'elle n'a pas mentionné spontanément le nom de Barry Evans à titre de suspect. Dans sa déclaration aux policiers,

he would fit the pattern or profile created by Corporal Doige of the murderer. In substance, this very evidence was already before the jury through the testimony of Corporal Doige.

The error on the question of re-examination did not, in any real way, deprive the jury of decisive evidence. It is thus apparent that the Crown has not met the heavy onus which lies upon it to establish that the verdict would not necessarily have been the same.

Disposition

In the result the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal directing a new trial is set aside and the verdict of acquittal restored.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: O'Brien, Devlin, Markey, MacLeod, Calgary.

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

elle a seulement dit qu'il correspondait au type ou au profil du meurtrier établi par le caporal Doige. Cette preuve avait déjà été présentée au jury, pour l'essentiel, lors du témoignage du caporal Doige.

L'erreur relative à la question du réinterrogatoire n'a pas vraiment privé le jury d'un élément de preuve décisif. Le ministère public ne s'est donc pas déchargé de son lourd fardeau de preuve, c'est-à-dire l'obligation d'établir que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même.

Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel concernant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir le verdict d'acquiescement.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant: O'Brien, Devlin, Markey, MacLeod, Calgary.

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

Kirby Wayne Erickson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ERICKSON

File No.: 22943.

1993: 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 ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused hospitalized following car accident — Blood samples taken for medical purposes — Results of blood-alcohol analysis obtained by police in violation of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Admission of results of blood-alcohol analysis not bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 125 A.R. 68, 14 W.A.C. 68, 72 C.C.C. (3d) 75, 38 M.V.R. (2d) 260, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges pursuant to ss. 255(3), 249(4) and 253(b) of the *Criminal Code*, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alexander D. Pringle, Q.C., for the appellant.

Bart Rosborough, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—The Court of Appeal, as did the trial judge, found a violation of s. 8 of the *Can-*

Kirby Wayne Erickson *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ERICKSON

N° du greffe: 22943.

^b

1993: 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 DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé hospitalisé à la suite d'un accident de voiture — Échantillons de sang pris à des fins médicales — Résultats de l'analyse de l'alcoolémie obtenus par la police en contravention du droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — L'admission des résultats de l'analyse de l'alcoolémie ne déconsidère pas l'administration de la justice — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

^f

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 125 A.R. 68, 14 W.A.C. 68, 72 C.C.C. (3d) 75, 38 M.V.R. (2d) 260, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations portées en vertu des par. 255(3) et 249(4) et de l'al. 253(b) du *Code criminel*, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Alexander D. Pringle, c.r., pour l'appellant.

Bart Rosborough, pour l'intimée.

ⁱ

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—La Cour d'appel, tout comme le juge du procès, a conclu à une violation

^j

dian Charter of Rights and Freedoms, but ordered a new trial on the basis that the trial judge misapplied the principles governing determination under s. 24(2). The accused appealed this latter finding. The Crown did not cross-appeal the finding below of a s. 8 violation.

The only issue before us is the s. 24(2) determination, and we agree with the result reached in the Court of Appeal. This appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Bart Rosborough, Edmonton.

de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur le fondement que le juge du procès avait appliqué de façon erronée les principes régissant la décision relative au par. 24(2). L'accusé a interjeté appel de cette dernière décision. Le ministère public n'a pas formé d'appel incident pour ce qui est de la violation de l'art. 8.

La seule question que nous avons à trancher est la décision relative au par. 24(2), et nous souscrivons à la conclusion de la Cour d'appel. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Bart Rosborough, Edmonton.

Gary Flieger and Terry McNutt *Appellants*

v.

The Province of New Brunswick *Respondent*

INDEXED AS: FLIEGER v. NEW BRUNSWICK

File No.: 22875.

1993: April 26; 1993: June 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Labour relations — Civil service — Discontinuance of function — Contracting out of work — Province disbanding highway patrol and contracting out patrol's duties to RCMP — Whether patrolmen laid off because of "discontinuance of function" — Whether patrolmen given reasonable notice of termination — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, ss. 20, 26 — Board of Management General Regulation - Civil Service Act, N.B. Reg. 84-229, s. 9(1).

The appellants, members of the New Brunswick Highway Patrol, were laid off when the province decided to disband the patrol and contract its duties out to the RCMP. The appellants then accepted alternative employment as corrections officers and, over a period of one year, their salary was supplemented by \$5,000. They later sued the province for wrongful dismissal. They claimed that the contracting out of the duties formerly carried out by the highway patrol to the RCMP did not constitute a "discontinuance of a function" within the meaning of s. 26(1) of the New Brunswick *Civil Service Act*. Accordingly, they should have received reasonable notice when they were laid off rather than the 30 days notice required by s. 9(1) of N.B. Reg. 84-229 in the event of a discontinuance of function. The trial judge found that there was a discontinuance of function and dismissed their claims. This decision was upheld by the Court of Appeal. This appeal is to determine (1) whether the contracting out by the province of the work formerly done by the New Brunswick Highway Patrol to the RCMP constituted a "discontinuance of a function", and (2) whether the appellants received reasonable notice of termination.

Gary Flieger et Terry McNutt *Appelants*

c.

La province du Nouveau-Brunswick *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FLIEGER c. NOUVEAU-BRUNSWICK

N^o du greffe: 22875.

1993: 26 avril; 1993: 30 juin.

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

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

Relations de travail — Fonction publique — Suppression d'une fonction — Impartition de travail — Abolition par la province de la patrouille routière et impartition des tâches à la GRC — Les patrouilleurs ont-ils été licenciés en raison de la «suppression d'une fonction»? — Les patrouilleurs ont-ils reçu un préavis raisonnable de la cessation de leur emploi? — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20, 26 — Règlement général du Conseil de gestion - Loi sur la Fonction publique, Règl. du N.-B. 84-229, art. 9(1).

Les appelants, qui étaient membres de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick, furent licenciés après que la province eut décidé d'abolir la patrouille et d'en confier les tâches à la GRC. Les appelants ont alors accepté d'autres postes à titre d'agents de correction et, pendant une année, ils ont reçu la somme de 5000\$ en sus de leur salaire. Ils ont par la suite poursuivi la province pour congédiement injustifié. Ils ont prétendu que l'impartition à la GRC des tâches exécutées auparavant par la patrouille routière ne constituait pas la «suppression d'une fonction» au sens du par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick. Ils auraient donc dû recevoir un préavis raisonnable lorsqu'ils ont été licenciés, plutôt que le préavis de 30 jours que prévoit le par. 9(1) du Règl. du N.-B. 84-229 lorsqu'il y a suppression d'une fonction. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait suppression d'une fonction et il a rejeté leurs demandes. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si l'impartition à la GRC, par la province, du travail effectué auparavant par la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick a constitué la «suppression d'une fonction» et (2) si les appelants ont reçu un préavis raisonnable de la cessation de leur emploi.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: A "discontinuance of a function" will occur under s. 26(1) of the *Civil Service Act* when a set of duties or activities which form an office is no longer carried out as a result of a decision of the employer acting in good faith. Here, the province's decision to terminate its own highway patrol and to enter into a contract with the RCMP to provide the service was a legitimate management decision which resulted in the "discontinuance of a function" within the meaning of s. 26(1). The appellants carried out the set of activities and duties of highway patrolmen in the New Brunswick Highway Patrol and when the patrol was disbanded, their "function" or "office" ceased to exist. It is now the RCMP that is obliged to patrol the highways and to provide all that is required to comply with the terms of the contract.

The appellants were not entitled to more than 30 days notice. Section 20 of the *Civil Service Act*, which provides that the "termination of the employment of . . . an employee shall be governed by the ordinary rules of contract", clearly indicates that it is subject to the provisions of the Act. Under s. 9(1) of the regulations made under the Act, 30 days notice is all that the employer is required to give the employee when his services are no longer required because of the discontinuance of a function. This is in effect a condition of his employment.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The right of the province of New Brunswick to contract out the policing of highways to the RCMP is not an issue in this case. In the absence of a collective agreement or statutory provision to the contrary, the province, as an employer, is free to terminate an employment contract by giving reasonable notice, even if the termination is done to facilitate the contracting out of the same work. Section 26 of the Act and s. 9(1) of the regulations simply provide that, where the termination is necessitated by lack of work or the discontinuance of a function, additional rules come into play.

The contracting out of the policing of the highways in this case was not a "discontinuance of a function" within the meaning of s. 26(1). A "discontinuance of a function" under that section occurs when the employer decides to abolish a service or function in its entirety. A function relates to the work being performed by the laid

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: Il y a «suppression d'une fonction» au sens du par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique* lorsqu'un ensemble de tâches ou d'activités qui constitue un poste n'est plus exécuté par suite d'une décision arrêtée de bonne foi par l'employeur. En l'espèce, la décision prise par la province d'abolir sa propre patrouille routière et de conclure avec la GRC un contrat pour la prestation du service était une décision administrative légitime, qui a entraîné la «suppression d'une fonction» au sens du par. 26(1). Les appelants exécutaient l'ensemble d'activités et de tâches appartenant aux membres de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick et, lorsque la patrouille a été abolie, leur «fonction» ou «poste» d'agent a cessé d'exister. C'est maintenant la GRC qui doit surveiller les routes et fournir tout ce qui est requis pour assurer le respect des clauses du contrat.

Les appelants n'avaient pas droit à davantage qu'un préavis de 30 jours. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, qui prévoit que la «cessation d'emploi [. . .] d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires», indique clairement qu'il s'applique sous réserve des dispositions de la Loi. Selon le par. 9(1) du règlement adopté en vertu de la Loi, l'employeur n'est tenu de donner à l'employé que le préavis de 30 jours lorsque la suppression d'une fonction rend inutiles les services d'un employé. Il s'agit là en effet d'une condition de l'emploi.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le droit de la province du Nouveau-Brunswick de confier la patrouille de ses routes à la GRC n'est pas contesté en l'espèce. En l'absence d'une convention collective ou de dispositions législatives portant le contraire, la province, en tant qu'employeur, est libre de rompre un contrat de travail en donnant un préavis raisonnable, même si la cessation a lieu dans le but de faciliter l'impartition du même travail. L'article 26 de la Loi et le par. 9(1) du règlement prévoient simplement que des règles supplémentaires entrent en jeu lorsque la cessation d'emploi découle d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction.

L'impartition de la surveillance policière des routes dans la présente affaire n'est pas la «suppression d'une fonction» au sens du par. 26(1). Il y a «suppression d'une fonction» au sens de ce paragraphe lorsque l'employeur décide d'abolir un service ou une fonction dans son intégralité. Une fonction vise le travail effectué par

off employee and not to an "office". While the set of tasks performed by the employee must be considered, the appropriate focus must also account for the larger context in which the individual contract is situated and for the work in which the employer is engaged. Here, the function formerly performed by the appellants has not been discontinued. It is now being performed, although on a contract basis, by the RCMP on the same premises and with the same equipment. Despite having administrative control, the RCMP do not have the power to alter the function itself as they are bound under their contract to fulfil a specific function. Since the appellants were not laid off because of a "discontinuance of a function", s. 26(1) of the Act and s. 9 of the regulations have no application in this case. The termination of the appellants was governed by the ordinary rules of contract as imported under s. 20 of the Act. Consequently, they were entitled to reasonable notice of termination.

Even if the function had been discontinued, s. 9(1)(b) of the regulations does not provide for summary termination without compensation. This section extends rather than limits the protection that would normally be available to an employee and requires only that employees being laid off pursuant to s. 26(1) of the Act receive at least 30 days actual notice of the impending termination. Such employees still have the normal remedies to which they are entitled under the ordinary law of contract. Accordingly, the 30 days notice given in this case would not deprive the appellants of their right to compensation upon termination.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, aff'g [1991] 1 F.C. 428 (C.A.); **referred to:** *Transport Guilbault Inc. v. Scott*, F.C.A., No. A-618-85, May 21, 1986, unreported, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xiii; *Gonthier v. Canada* (1986), 77 N.R. 386; *Mudarth v. Canada (Minister of Public Works)* (1990), 113 N.R. 159 (F.C.A.), aff'g [1989] 3 F.C. 371 (T.D.); *Coulombe v. The Queen*, F.C.T.D., No. T-390-84, April 5, 1984, unreported.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Transport Guilbault Inc. v. Scott, F.C.A., No. A-618-85, May 21, 1986, unreported; *Mudarth v. Canada (Minister of Public Works)* (1990), 113 N.R. 159

l'employé licencié et non un «poste». Même s'il faut tenir compte de l'ensemble des tâches accomplies par l'employé, il faut aussi prendre en considération le contexte plus global qui encadre le contrat de travail individuel et le travail dans lequel l'employeur est engagé. En l'espèce, la fonction antérieurement exécutée par les appelants n'a pas été supprimée. Elle est exécutée aujourd'hui, bien que sur une base contractuelle, par la GRC, dans les mêmes locaux et avec le même matériel. Même si elle a le contrôle administratif, la GRC n'a pas le pouvoir de modifier la fonction elle-même, car elle est tenue aux termes de son contrat d'exécuter une fonction précise. Comme les appelants n'ont pas été licenciés en raison de la «suppression d'une fonction», le par. 26(1) de la Loi et l'art. 9 du règlement ne s'appliquent pas à l'espèce. Le licenciement des appelants était régi par les règles contractuelles ordinaires telles qu'elles sont incorporées par l'art. 20 de la Loi. Par conséquent, ils avaient droit à un préavis raisonnable de licenciement.

Même si la fonction avait été supprimée, l'al. 9(1)(b) du règlement ne prévoit pas une cessation sommaire sans indemnisation. Cet alinéa étend plutôt qu'il ne limite la protection que peut normalement invoquer un employé et exige uniquement que les employés qui sont licenciés en vertu du par. 26(1) de la Loi reçoivent au moins un préavis de 30 jours avant la cessation prévue. Ces employés possèdent encore les recours normaux qui leur sont ordinairement reconnus par le droit des contrats. Par conséquent, le préavis de 30 jours donné en l'espèce ne priverait pas les appelants de leur droit à une indemnité de départ.

Jurisprudence

§ Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, conf. [1991] 1 C.F. 428 (C.A.); **arrêts mentionnés:** *Transport Guilbault Inc. c. Scott*, C.A.F., n° A-618-85, le 21 mai 1986, inédit, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xiii; *Gonthier c. Canada* (1986), 77 N.R. 386; *Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1990), 113 N.R. 159 (C.A.F.), conf. [1989] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.); *Coulombe c. La Reine*, C.F. 1^{re} inst., n° T-390-84, le 5 avril 1984, inédit.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Transport Guilbault Inc. c. Scott, C.A.F., n° A-618-85, le 21 mai 1986, inédit; *Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1990), 113 N.R. 159 (C.A.F.),

(F.C.A.), aff'g [1989] 3 F.C. 371 (T.D.); *Gallagher v. New Brunswick (Board of Management)* (1990), 105 N.B.R. (2d) 181; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941.

Statutes and Regulations Cited

Board of Management General Regulation - Civil Service Act, N.B. Reg. 84-229, s. 9(1).
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242(3.1) [en. c. 9 (1st Suppl.), s. 16].
Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, ss. 20, 26.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2, s. 30(1) [am. 1988, c. 59, s. 10], 34(1) [*idem*, s. 12].
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 29(1).
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 6(2), 63(2).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "function".
 Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
Concise Oxford Dictionary, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "function".
Dictionary of Canadian Law. By Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, "function".
Random House Dictionary of the English Language, 2nd ed. Toronto: Random House of Canada Ltd., 1987, "function".
Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, vol. 1. London: Sweet & Maxwell, 1992 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1991), 125 N.B.R. (2d) 228, 316 A.P.R. 228, 87 D.L.R. (4th) 191, affirming a judgment of Stevenson J. (1991), 117 N.B.R. (2d) 239, 295 A.P.R. 239, dismissing appellants' actions for wrongful dismissal. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

conf. [1989] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.); *Gallagher c. Nouveau-Brunswick (Conseil de gestion)* (1990), 105 R.N.-B. (2^e) 181; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242(3.1) [aj. ch. 9 (1^{er} suppl.), art. 16].
Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 6(2), 63(2).
Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20, 26.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 29(1).
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11.
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, art. 30(1) [mod. 1988, ch. 59, art. 10], 34(1) [*idem*, art. 12].
Règlement général du Conseil de gestion - Loi sur la Fonction publique, Règl. du N.-B. 84-229, art. 9(1).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «function».
 Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
Dictionary of Canadian Law. By Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, «function».
Dictionnaire Quillet de la langue française. Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975, «fonction».
Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, «fonction».
Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, vol. 1. London: Sweet & Maxwell, 1992 (loose-leaf).

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1991), 125 R.N.-B. (2^e) 228, 316 A.P.R. 228, 87 D.L.R. (4th) 191, qui a confirmé un jugement du juge Stevenson (1991), 117 R.N.-B. (2^e) 239, 295 A.P.R. 239, qui avait rejeté les actions intentées par les appelants pour licenciement injustifié. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

J. Gordon Petrie, Q.C., and Thomas Christie, for the appellants.

Richard C. Speight, for the respondent.

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

CORY J.—There are two paramount issues raised in this appeal. The first is whether the contracting out by the province of the work formerly done by the New Brunswick Highway Patrol to the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”), constituted a “discontinuance of a function” as that term is used in s. 26 of the New Brunswick *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1. The second is whether the appellants received reasonable notice of the termination of their employment as sergeants in the New Brunswick Highway Patrol.

1. Factual Background

The appellants joined the New Brunswick Highway Patrol in 1981 as constables. By 1988, both held the rank of sergeant. In July of that year, the province announced its decision to disband the patrol and the duties of the patrol were contracted out to the RCMP. On December 21, 1988, the appellants received formal notice of lay-off. These notices cited s. 26 of the *Civil Service Act* and s. 9(1)(b) of N.B. Reg. 84-229 and stated that the appellants’ services would no longer be required as of February 8, 1989 as a result of the discontinuance and disbandment of the New Brunswick Highway Patrol. The appellants continued to receive their full salary until April of 1989. The province of New Brunswick offered them alternative employment with the public service of New Brunswick as corrections officers and the appellants accepted this offer. As well for one year beginning in April of 1989, they received the sum of \$5,000 over and above the regular salary for corrections officers.

J. Gordon Petrie, c.r., et Thomas Christie, pour les appelants.

Richard C. Speight, pour l’intimée.

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

LE JUGE CORY—Deux questions primordiales sont soulevées dans le présent pourvoi. La première est de savoir si l’impatriation à la Gendarmerie royale du Canada («GRC»), par la province, du travail effectué auparavant par la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick a constitué la «suppression d’une fonction» au sens de l’art. 26 de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1. La seconde consiste à savoir si les appelants ont reçu un préavis raisonnable de la cessation de leur emploi comme sergents de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick.

1. Les faits

Les appelants se sont engagés dans la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick comme constables en 1981. En 1988, ils occupaient tous deux des postes de sergent. En juillet de la même année, la province a annoncé sa décision d’abolir la patrouille, dont les fonctions furent confiées à la GRC. Le 21 décembre 1988, les appelants ont reçu des préavis officiels de licenciement. Ces préavis citaient l’art. 26 de la *Loi sur la Fonction publique* et l’al. 9(1)(b) du Règl. du N.-B. 84-229, et annonçaient que l’on ne retiendrait plus les services des appelants après le 8 février 1989 par suite de la suppression et de l’abolition de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick. Les appelants ont continué à recevoir leur plein salaire jusqu’en avril 1989. La province du Nouveau-Brunswick leur a offert d’autres postes au sein de sa fonction publique, à titre d’agents de correction, offre que les appelants ont acceptée. En outre, pendant l’année financière qui a débuté en avril 1989, ils ont reçu la somme de 5000 \$ en sus de leur salaire régulier d’agents de correction.

The appellants brought separate actions, which were tried together, claiming damages for wrongful dismissal. It was their position that since the duties formerly carried out by the Highway Patrol were now being performed by members of the RCMP, pursuant to a contract with the province, there was not a “discontinuance of a function” as that term is used in s. 26. Accordingly, the appellants claimed that they should have received reasonable notice when they were laid off rather than the 30 days notice that was required to be given by provincial regulation in the event of a discontinuance of function. The trial judge found that there was a “discontinuance of a function” and dismissed their claims: (1991), 117 N.B.R. (2d) 239, 295 A.P.R. 239. This decision was upheld by the Court of Appeal for New Brunswick: (1991), 125 N.B.R. (2d) 228, 316 A.P.R. 228, 87 D.L.R. (4th) 191.

2. Judgments Below

Court of Queen’s Bench

Stevenson J. noted that there was no “lack of work” as the duties were now being performed by another police force. However, relying upon several decisions of the Federal Court which had considered similarly worded federal legislation, he held that there had been a “discontinuance of a function” and dismissed the claims. He held that the appellants’ common law rights to notice had been abolished by the provincial legislation (the *Civil Service Act*) which authorized the lay-offs.

Court of Appeal

Stratton C.J.N.B. noted that there was no question of a “lack of work” since the work continued to be done although by another police force. For him the primary question was whether there had been a “discontinuance of a function”. He distinguished *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 F.C. 428 (C.A.), later affirmed on appeal to the Supreme Court of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941 (“PSAC”). He did so on the basis that PSAC turned on the question of whether there had been a breach of a collective

Les appelants ont intenté séparément des actions en dommages-intérêts pour licenciement injustifié, qui ont été entendues ensemble. Ils soutiennent que, puisque les fonctions précédemment exercées par la Patrouille routière sont maintenant assurées par des membres de la GRC en vertu d’un contrat conclu avec la province, il n’y a pas eu «suppression d’une fonction» au sens donné à cette expression à l’art. 26. Les appelants prétendent donc qu’ils auraient dû recevoir un préavis raisonnable lorsqu’ils ont été licenciés, plutôt que le préavis de 30 jours que prévoit le règlement provincial lorsqu’il y a suppression d’une fonction. Le juge de première instance a conclu qu’il y avait «suppression d’une fonction» et il a rejeté leurs demandes: (1991), 117 R.N.-B. (2^e) 239, 295 A.P.R. 239. Cette décision a été confirmée par la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick: (1991), 125 R.N.-B. (2^e) 228, 316 A.P.R. 228, 87 D.L.R. (4th) 191.

2. Les juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine

Le juge Stevenson a noté qu’il n’y avait pas de «manque de travail» puisque les fonctions étaient maintenant exercées par un autre corps policier. Toutefois, en se fondant sur plusieurs décisions de la Cour fédérale portant sur des dispositions législatives fédérales semblables, il a déterminé qu’il y avait eu «suppression d’une fonction» et a rejeté les demandes. Il a conclu que les droits à un préavis que les demandeurs pourraient invoquer en common law avaient été abolis par la loi provinciale (*la Loi sur la Fonction publique*) qui autorise les licenciements.

La Cour d’appel

Le juge en chef Stratton a souligné qu’il n’était pas question d’un «manque de travail» puisque le travail était toujours effectué, quoique par un autre corps policier. Il s’agissait essentiellement selon lui de déterminer s’il y avait eu «suppression d’une fonction». Il a établi une distinction avec l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 C.F. 428 (C.A.), confirmé par la suite par la Cour suprême du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941 («AFPC»). Il a relevé le fait que, contrairement à l’arrêt AFPC qui

agreement while there was no collective agreement in this case.

He held that the word “function” in the *Civil Service Act* referred to the holder of an office. The appellants who held the office of sergeant in the Highway Patrol, ceased to hold that office once the Patrol was disbanded. There was therefore a “discontinuance of a function”. To hold otherwise, would, in his opinion, unduly restrict employers in planning their affairs.

In any event, he was of the view that the appellants had received reasonable notice. He observed that they had been given compensation (\$5,000) and had accepted alternate employment in corrections services. In these circumstances he found that they had been adequately compensated.

Hoyt J.A. (as he then was), in dissent, expressed the view that there had not been a “discontinuance of a function” within the meaning of the Act. He agreed with the remarks of Mahoney J.A. in *PSAC* concerning the impact of contracting out. He thought that these remarks, although made in the context of a case which was considering a collective agreement, were applicable because (at p. 246 N.B.R.):

... they correctly point out that when the work that was formerly being performed by the laid off employee is still being performed, although on a contract basis, there cannot be said to be a discontinuance of that employee’s function.

In the view of Hoyt J.A., as a result of the provisions of s. 20 of the *Civil Service Act*, the common law rules apply. He would have remitted the case to the trial judge for an assessment of the damages arising for failure to give reasonable notice.

portait sur la question de savoir s’il y avait violation d’une convention collective, aucune convention collective n’est en cause en l’espèce.

Il a conclu que le terme «fonction» dans la *Loi sur la Fonction publique* visait le titulaire d’un poste. Les appelants, précédemment titulaires de postes de sergents au sein de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick, ont cessé d’occuper ces postes dès l’abolition de la patrouille. Il y a eu par conséquent «suppression d’une fonction». Selon lui, toute conclusion contraire aurait pour effet de restreindre indûment la marge de manœuvre des employeurs dans la planification de leurs affaires.

Il estimait de toute façon que les appelants avaient eu un préavis raisonnable. Il a fait remarquer qu’ils ont obtenu un dédommagement (5000 \$) et qu’ils ont accepté un autre emploi au sein des services correctionnels. Dans les circonstances, il a conclu qu’ils ont été suffisamment dédommagés.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Hoyt (maintenant juge en chef du Nouveau-Brunswick) a exprimé l’avis qu’il n’y avait pas eu «suppression d’une fonction» au sens de la Loi. Il était d’accord avec les remarques faites par le juge Mahoney de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *AFPC* quant à l’effet de l’impartition. À son avis, ces remarques s’appliquent en l’espèce, même si elles ont été faites dans le contexte d’une affaire régie par une convention collective (à la p. 246 R.N.-B.):

[TRADUCTION] ... elles indiquent bien que lorsque le travail qui était antérieurement exécuté par l’employé licencié continue d’être exécuté, même à contrat, on ne peut affirmer qu’il y a suppression de la fonction de cet employé.

Selon le juge Hoyt, compte tenu des dispositions de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, les règles de common law s’appliquent. Il aurait renvoyé l’affaire devant le juge de première instance afin que soit fixé le montant des dommages-intérêts pour le préjudice subi par suite de l’omission de donner un préavis raisonnable.

3. Applicable Legislation

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

26(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head, in accordance with regulations made by the Board, may lay off the employee.

26(2) An employee ceases to be an employee when he is laid off pursuant to subsection (1).

26(3) Notwithstanding anything in this Act, an employee who has been laid off may be placed by the Secretary of the Board on those eligibility lists for which in the opinion of the Secretary of the Board the employee is qualified.

26(4) Notwithstanding subsection (2), an employee who is laid off is entitled during such period as the Secretary of the Board may determine for any case or class of cases, to enter any closed competition for which he would have been eligible had he not been laid off.

Board of Management General Regulation - Civil Service Act, N.B. Reg. 84-229

9(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head shall

(a) before the employee is laid off, consider the qualifications and work performance of the employee and determine whether or not the employee could be retained on staff in another appropriate position within his department; and

(b) if the employee cannot be retained in another appropriate position in the department, give the employee and the Secretary of the Board thirty days notice that the services of the employee are no longer required.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25

6(2) Subject to paragraph 102(3)(a), nothing in this Act affects the right of the employer to engage private contractors or contract work out for any purpose whatsoever.

3. Les dispositions législatives applicables

Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d'emploi d'un administrateur général ou d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

26(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général peut, conformément aux règlements du Conseil, licencier l'employé.

26(2) Un employé cesse d'être un employé lorsqu'il est licencié conformément au paragraphe (1).

26(3) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, quand un employé a été licencié, il peut être inscrit par le secrétaire du Conseil sur les listes d'admissibilité pour lesquelles celui-ci considère qu'il possède les compétences voulues.

26(4) Nonobstant le paragraphe (2), l'employé qui est licencié a le droit, pendant la durée fixée par le secrétaire du Conseil pour tout cas ou toute catégorie de cas, de prendre part à tout concours restreint auquel il aurait été admissible s'il n'avait pas été licencié.

Règlement général du Conseil de gestion - Loi sur la Fonction publique, Règl. du N.-B. 84-229

9(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général doit,

a) avant le licenciement de l'employé, tenir compte des compétences et du rendement de l'employé et décider s'il pourrait ou non le garder dans le personnel de son ministère dans un autre poste idoine; et

b) s'il ne peut garder l'employé dans son ministère dans un autre poste idoine, lui donner ainsi qu'au secrétaire du Conseil un préavis de trente jours les avisant que les services de l'employé ne sont plus nécessaires.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25

6(2) Sous réserve de l'alinéa 102(3)a), aucune disposition de la présente loi ne porte atteinte au droit que possède l'employeur d'engager des entrepreneurs privés ou de passer des marchés avec des entrepreneurs pour faire effectuer des travaux à quelque fin que ce soit.

63(2) No collective agreement shall provide, directly or indirectly, for the alteration or elimination of any existing term or condition of employment or the establishment of any new term or condition of employment,

(a) the alteration or elimination of which or the establishment of which, as the case may be, would require or have the effect of requiring the enactment or amendment of any legislation by the Legislature, except for the purpose of appropriating money required for its implementation, or

(b) that has been or may be, as the case may be, established pursuant to any Act specified in the Second Schedule.

4. Analysis

(a) *Discontinuance of Function*

The first issue to be resolved is whether the decision by the province to contract out highway patrol functions to the RCMP constituted a “discontinuance of a function”. Neither the New Brunswick *Civil Service Act* nor its regulations define this term. As a result it may be helpful to see if any satisfactory definition of this term has evolved in the case law. The same phrase “discontinuance of a function” appears in the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 29(1), and the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242(3.1), and the courts have considered the meaning of the phrase as it is used in those Acts. A review of this case law demonstrates that there are two different approaches: one based on the notion of an “office” and the other on “activities”.

In *Transport Guilbault Inc. v. Scott*, an unreported decision of the Federal Court of Appeal, No. A-618-85, May 21, 1986 (leave to appeal refused, January 29, 1987, [1987] 1 S.C.R. xiii), Pratte J.A. wrote at p. 2:

The discontinuance of a function within the meaning of s. 61.5(3)(a) [of the *Canada Labour Code* (now s. 242(3.1))] is discontinuance of a function within a

63(2) Aucune convention collective ne doit prévoir, directement ou indirectement, la modification ou la suppression d'une modalité ou condition d'emploi ou l'introduction d'une nouvelle modalité ou condition d'emploi

a) dont la modification, la suppression ou l'introduction, selon le cas, nécessiterait ou aurait pour effet de nécessiter l'adoption ou la modification d'une loi quelconque par la Législature, sauf aux fins d'affectation des crédits nécessaires à son application, ou

b) qui a été ou qui peut être introduite, selon le cas, en application d'une loi spécifiée à l'annexe II.

4. Analyse

a) *La suppression d'une fonction*

Il s'agit en premier lieu de trancher la question de savoir si la décision prise par la province de conclure un contrat avec la GRC pour lui confier les fonctions de la Patrouille routière constituait la «suppression d'une fonction». Aucune définition de cette expression ne figure dans la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick ou dans son règlement d'application. Il y a donc lieu de se demander si une définition satisfaisante en a été donnée dans la jurisprudence. L'expression «suppression d'une fonction» figure au par. 29(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, et l'expression «suppression d'un poste» au par. 242(3.1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (auparavant «cessation d'une fonction» à l'al. 61.5(3)a, S.R.C. 1970, ch. L-1 (modifié par S.C. 1984, ch. 39, art. 11)), et les tribunaux en ont examiné le sens dans le contexte de ces lois. Une étude de cette jurisprudence montre qu'il y a deux points de vue différents; l'un fondé sur le concept d'un «poste» et l'autre sur celui des «activités».

Dans *Transport Guilbault Inc. c. Scott*, décision inédite de la Cour d'appel fédérale, n° A-618-85, le 21 mai 1986 (autorisation de pourvoi refusée le 29 janvier 1987, [1987] 1 R.C.S. xiii), le juge Pratte a écrit ce qui suit, aux pp. 2 et 3:

La cessation d'une fonction, au sens de l'alinéa 61.5(3)a) [du *Code canadien du travail* (maintenant le par. 242(3.1))], c'est la cessation d'une fonction au

given employer's business. Such discontinuance may result from a decision made by the employer to give work done till then by its employees to a contractor. Provided that decision is genuine and there is nothing artificial about it, s. 61.5(3)(a) cannot be interpreted otherwise without unduly limiting the employer's freedom to plan and organize its business as it wishes.

This case is one of the few that deals specifically with contracting out. A key phrase within this judgment is "within an employer's business". The implication is that it is not necessary that the function cease to be performed altogether, but that within its business the employer had terminated that particular function.

Gonthier v. Canada (1986), 77 N.R. 386 (F.C.A.), is of somewhat limited application since it deals more with the question of what constitutes a "lack of work" than "discontinuance of a function". In that case the employees were language teachers who were laid off due to budget constraints. No other employees were engaged to do their jobs nor was their work contracted out. Instead, the remaining employees in the branch assumed a greater proportion of the same tasks which they were already required to perform and the entire Language Training Branch had to reduce its activities. The Federal Court of Appeal held that in these circumstances there was a valid lay-off due to a "lack of work".

In *Mudarth v. Canada (Minister of Public Works)*, [1989] 3 F.C. 371 (T.D.), the plaintiff had furnished secretarial services to a specific project team composed of engineers and architects. Her position was terminated and the work that she had been doing was parcelled out to what amounted to a secretarial pool. No other secretary was engaged to perform the duties she had performed nor was there a position created elsewhere so that another secretary would undertake her duties. In fact, faced with budget cuts, the head of the special team decided to discontinue the plaintiff's job in order to provide an extra "person-year" which would

sein de l'entreprise d'un employeur donné. Cette cessation peut résulter de la décision prise par cet employeur de confier à un entrepreneur les travaux qu'il faisait jusque-là accomplir par ses employés. Dès lors que cette décision est réelle et n'a rien de simulé, on ne saurait interpréter autrement l'alinéa 61.5(3)a) sans limiter indûment la liberté de l'employeur de structurer et organiser son entreprise comme il l'entend.

Cet arrêt est l'un des rares à traiter précisément de l'impartition. Une proposition clé de cet arrêt est «au sein de l'entreprise d'un employeur». Cela permet de supposer qu'il n'est pas nécessaire que la fonction en soi cesse d'être exercée, mais qu'il suffit que l'employeur ait aboli cette fonction particulière au sein de son entreprise.

L'arrêt *Gonthier c. Canada* (1986), 77 N.R. 386 (C.A.F.), ne peut s'appliquer que de façon limitée puisqu'il porte plus sur la question de savoir ce qui constitue un «manque de travail» que sur le sens à donner à l'expression «suppression d'une fonction». Dans cette affaire, les employés étaient des professeurs de langue mis en disponibilité en raison de compressions budgétaires. Aucun autre employé n'a été engagé pour faire leur travail et l'employeur n'a pas eu recours à l'impartition. Les employés qui sont restés dans la direction générale ont plutôt assumé une plus grande proportion des mêmes tâches dont ils devaient s'acquitter auparavant, et l'ensemble de la Direction générale de la formation linguistique a dû réduire ses activités. La Cour d'appel fédérale a conclu que dans de telles circonstances, il y avait licenciement valide «faute de travail».

Dans l'affaire *Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1989] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.), la demanderesse avait fourni des services de secrétariat à une équipe de projet particulière composée d'ingénieurs et d'architectes. Son poste fut aboli et le travail qu'elle effectuait auparavant fut réparti entre les membres d'un service central de secrétariat. Aucune autre secrétaire n'a été engagée pour exercer les fonctions qu'elle exécutait, et aucun autre poste n'a été créé ailleurs pour qu'une autre secrétaire exerce ses fonctions. En fait, en raison de compressions budgétaires, le chef de l'équipe spéciale a décidé de mettre fin à l'emploi occupé

permit the hiring of another architect or engineer. The court held that this constituted a “discontinuance of a function”. The defendant employer argued that the function related to the employee herself. Once the tasks done by her had been redistributed to others, then in the defendant’s submission, her “function” no longer existed. In determining the meaning to be given to “function” the trial judge looked at a number of dictionary definitions and the case law. Addy J., whose reasons were adopted by the Court of Appeal (1990), 113 N.R. 159, then stated (at p. 378):

To give effect to the argument of the plaintiff regarding the meaning to be attributed to the word function would preclude the Government from abolishing any position and discharging the employee unless some part of the tasks or work performed by that employee was completely discontinued and no longer performed by any other person or group in the Civil Service. This would of course greatly preclude reorganization of the departments and branches of the service by the redistribution of tasks and would, to a large extent, paralyse any updating of the administrative procedures. Such a radical interpretation of subsection 29(1) of the *Public Service Employment Act* is not at all required in order to give full effect to the scheme and spirit of the legislation. The Act, of course, does encroach on and limit the general powers of management which are given to the Government of Canada and its various departments but the encroachment should be limited to the extent required to give effect to its objects and provisions.

The approach taken in *Mudarth* relates the word “function” to the “office” held by the plaintiff. Her office consisted of the bundle of tasks and responsibilities which had been undertaken and performed by her as a secretary. This bundle of tasks was no longer being performed. Thus her office had ceased to exist and there was accordingly a “discontinuance of a function”.

One decision of the Federal Court Trial Division is particularly helpful. In *Coulombe v. The Queen*, F.C.T.D., No. T-390-84, April 5, 1984, unreported,

par la demanderesse afin de libérer une «année-personne» supplémentaire qui pourrait servir à retenir les services d’un autre architecte ou d’un autre ingénieur. La cour a conclu que cela constituait la «suppression d’une fonction». La défenderesse employeur a fait valoir que la fonction était liée à l’employée elle-même. Après redistribution à d’autres des tâches qu’elle exerçait auparavant, sa «fonction» cessait d’exister, selon la position de la défenderesse. Pour établir le sens à donner au terme «fonction», le juge de première instance s’est référé à un certain nombre de définitions dans les dictionnaires et à la jurisprudence. Le juge Addy, dont les motifs ont été confirmés par la Cour d’appel (1990), 113 N.R. 159, a alors déclaré, à la p. 378:

Donner effet à l’argument formulé par la demanderesse au sujet du sens à accorder au mot «fonction» empêcherait le gouvernement d’abolir quelque poste que ce soit et de renvoyer l’employé, à moins qu’une partie des tâches ou du travail effectués par cet employé soit complètement supprimée et qu’elle ne soit plus exécutée par une autre personne ou un autre groupe de la Fonction publique. Cela nuirait évidemment beaucoup à la réorganisation des ministères et des directions générales de la Fonction publique par la redistribution de tâches et paralyserait dans une large mesure toute mise à jour des procédures administratives. Une interprétation aussi radicale du paragraphe 29(1) de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique* n’est pas du tout requise pour donner pleinement effet à l’économie et l’esprit de la loi. La Loi empiète évidemment sur les pouvoirs généraux de gestion qui sont accordés au gouvernement du Canada et à ses divers ministères et restreint les pouvoirs en question, mais l’empiètement devrait se limiter à ce qui est nécessaire pour donner effet aux objets et aux dispositions de la Loi.

Le point de vue adopté dans l’arrêt *Mudarth* établit un lien entre le mot «fonction» et le «poste» occupé par la demanderesse. Son poste consistait en un ensemble de tâches et de responsabilités dont elle devait s’acquitter en sa qualité de secrétaire. Cet ensemble de tâches n’était plus exécuté. Par conséquent, son poste avait cessé d’exister et il y avait donc eu «suppression d’une fonction».

Une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale est particulièrement utile. Dans l’affaire *Coulombe c. La Reine*, C.F. 1^{re} inst., n^o

the plaintiff was the Registrar and Executive Director of the Canada Labour Relations Board. While there was disagreement between the parties as to why the position held by the plaintiff was abolished, it was common ground that the activities that he had performed were transferred to the directors of the six regions across Canada and to the Chairman. The court held that this constituted a “discontinuance of a function”.

In coming to this conclusion Cattanach J. defined function in this way (at p. 5):

Function is the act of performing and is defined as the kind of action belonging to the holder of an office, hence the function is the performance of the duties of that office. By the performance of the duties of an office the holder thereof can be said to fulfil his function. Functions are therefore the powers and duties of an office.

Thus it seems to me that when the functions of an office are transferred elsewhere in the course of a reorganization and the office is abolished while the functions are continued the function of the holder of the office is discontinued from which it follows that the services of an employee who held that office are no longer required because of the discontinuance of the function formerly performed by him

It should be noted that in *Coulombe* the activities that had been undertaken by the plaintiff were parcelled out among a number of people within the organization. No single person continued to undertake the entire group of activities that had formerly been performed by the plaintiff. While each of the activities continued to be done, the categorization of them as done by one person, that is the “office” that the plaintiff had carried out, had indeed been discontinued. Therefore, the court found that the “function” of the plaintiff had been discontinued.

The dictionary definitions add little as they permit an approach to function which is either “office” based or “activities” based. The specialized law dictionaries offer the following definitions of “function”:

T-390-84, le 5 avril 1984, inédite, le demandeur était greffier et directeur général du Conseil canadien des relations du travail. Si les parties n’arrivaient pas à s’entendre sur les motifs qui avaient entraîné l’abolition du poste occupé par le demandeur, elles reconnaissaient que les activités dont celui-ci s’était acquitté avaient été transférées aux directeurs des six régions du Canada de même qu’au président. La cour a conclu que cela constituait la «suppression d’une fonction».

En arrivant à cette conclusion, le juge Cattanach a ainsi défini la fonction (à la p. 6):

Une fonction correspond à une action. On entend par fonction le genre d’action qui incombe au titulaire d’un poste. Par conséquent, la fonction équivaut à l’exécution des tâches inhérentes à ce poste. Du titulaire d’un poste qui exécute les tâches inhérentes à un poste, on dit qu’il remplit sa fonction. Les fonctions correspondent donc aux pouvoirs et aux tâches inhérentes à un poste.

Par conséquent, je suis d’avis que lorsque les fonctions inhérentes à un poste sont transférées par suite d’une réorganisation et que le poste est aboli sans, pour cela, que les fonctions soient supprimées, il en résulte la suppression de la fonction du titulaire du poste. De ce fait, les services fournis par un employé qui occupait ce poste ne seront plus requis en raison de la suppression de la fonction qu’il remplissait auparavant

Il convient de noter que dans l’affaire *Coulombe*, les activités autrefois exécutées par le demandeur furent réparties entre un certain nombre de personnes au sein de l’organisme. Aucune personne n’a continué à exécuter tout le groupe d’activités qui avaient auparavant été exercées par le demandeur. Si chacune des activités continuait d’être exercée, la particularité selon laquelle elles étaient toutes accomplies par une personne, celle du «poste» que le demandeur avait occupé, avait effectivement cessé d’exister. Par conséquent, la cour a conclu que la «fonction» du demandeur avait été supprimée.

Les définitions données dans les dictionnaires ajoutent peu puisqu’elles permettent de concevoir la fonction comme fondée soit sur un «poste» soit sur des «activités». Les dictionnaires juridiques offrent les définitions suivantes du terme anglais «*function*»:

In *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), "function" is defined as:

The nature and proper action of anything; activity appropriate to any business or profession. . . . Office; duty; fulfillment of a definite end or set of ends by the correct adjustment of means. The occupation of an office. By the performance of its duties, the officer is said to fill his function. . . .

Similarly, *The Dictionary of Canadian Law* (1991), defines "function" as follows:

n. 1. An object, power or duty or group of them. . . . 4. Employment; carrying out an office.

The definitions offered by more general dictionaries are no more helpful. *The Concise Oxford Dictionary* (8th ed. 1990), defines "function" as:

n. 1 *a* an activity proper to a person or institution. *b* a mode of action or activity by which a thing fulfils its purpose. *c* an official or professional duty; an employment, profession, or calling. . . . 4 . . . *v. intr.* fulfil a function, operate;

The *Random House Dictionary of the English Language* (2nd ed. 1987), defines "function" as:

n. 1. the kind of action or activity proper to a person, thing, or institution; the purpose for which something is designed or exists; role. . . . *v.i.* 8. to perform a specified action or activity; work; operate: *The computer isn't functioning now.* . . . 9. to have or exercise a function; serve: . . .

How then should "discontinuance of a function" be defined? "Discontinuance" obviously refers to the termination of something that is termed a function. A "function" must be the "office" that is to say the bundle of responsibilities, duties and activities that are carried out by a particular employee or group of employees.

Dans *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990), le mot «function» est ainsi défini:

[TRADUCTION] La nature et l'action propre de toute chose; activité appropriée à toute entreprise ou profession. [. . .] Poste; tâche; accomplissement d'une fin ou d'un ensemble de fins précises, par l'adéquation des moyens. Le fait d'occuper un poste. Par l'accomplissement de ses tâches, l'agent est réputé exercer sa fonction

De même, le *Dictionary of Canadian Law* (1991), définit ainsi le mot «function»:

[TRADUCTION] *n.* 1. Un mandat, un pouvoir ou une tâche, ou un ensemble de ceux-ci. [. . .] 4. Emploi; le fait d'occuper un poste.

Les définitions données dans les dictionnaires plus généraux ne sont pas plus utiles. Le *Petit Robert 1* (1990), définit ainsi le mot «fonction»:

1. Action, rôle caractéristique d'un élément, d'un organe dans un ensemble. [. . .] 1^o Exercice d'un emploi, d'une charge; *par ext.* Ce que doit accomplir une personne pour jouer son rôle dans la société, dans un groupe social. *V.* **Activité, devoir, ministère, mission, occupation, office, rôle, service, tâche, travail.** [. . .] 2^o Profession considérée comme contribuant à la vie de la société. *V.* **Charge, emploi, métier, poste, profession, situation.** [. . .] *Les fonctions de qqn:* l'ensemble des obligations de sa profession.

Le *Dictionnaire Quillet de la langue française* (1975), définit ainsi le mot «fonction»:

Tout ce que l'on fait pour s'acquitter des obligations, des devoirs qu'impose un emploi, une charge. [. . .] L'emploi, la charge même.

Comment alors devrait-on définir l'expression «suppression d'une fonction»? Le mot «suppression» indique manifestement la fin de quelque chose qui est appelé une fonction. Une «fonction» doit être le «poste», c'est-à-dire l'ensemble de responsabilités, de tâches et d'activités dont s'acquittent un employé en particulier ou un groupe donné d'employés.

It is this definition of "function", in the sense of "office" which best comports with the environment of the work place. The very word "employment" indicates the existence of an employee and an employer. A term such as "function" or "office" must have a meaning for both these parties. For example, a person may have the "office" of plant superintendent. A person functioning as a plant superintendent carries out a regime or set of activities and duties that forms the office of plant superintendent. Both the employer and the employee understand what is required in order to perform or to carry out that particular office. Similarly the "office" of secretary or punch press operator carries with it a particular set of activities and duties. A particular bundle of skills is required to perform the duties and activities required by each of these offices. Once again both the employer and employee will know exactly what is required to perform the activities of the particular office.

Therefore, a "discontinuance of a function" will occur when that set of activities which form an office is no longer carried out as a result of a decision of an employer acting in good faith. For example, if a particular set of activities is merely handed over in its entirety to another person, or, if the activity or duty is simply given a new and different title so as to fit another job description then there would be no "discontinuance of a function". On the other hand, if the activities that form part of the set or bundle are divided among other people such as occurred in *Mudarth, supra*, there would be a "discontinuance of a function". Similarly, if the responsibilities are decentralized, as happened in *Coulombe, supra*, there would also be a "discontinuance of a function".

(b) *Application of these Definitions to the Facts of this Case*

The appellants carried out the set of activities and duties of highway patrolmen in the New Brunswick Highway Patrol. When the New Brunswick Highway Patrol was disbanded, the "function" or "office" of New Brunswick Highway

C'est cette définition du mot «fonction», au sens de «poste», qui s'accorde le mieux avec l'environnement du milieu de travail. Le mot «emploi» en soi indique l'existence d'un employé et d'un employeur. Un terme comme «fonction» ou «poste» doit avoir un sens pour l'une et l'autre de ces parties. Par exemple, une personne peut occuper le «poste» de surintendant d'usine. La personne qui agit comme surintendant d'usine exerce un groupe ou un ensemble d'activités et de tâches qui forme ce poste. L'employeur comme l'employé comprennent ce qui est nécessaire pour que soit occupé ou rempli ce poste précis. De même, le «poste» de secrétaire ou de mécanographe comporte un ensemble particulier d'activités et de tâches. Il faut posséder un ensemble donné d'habiletés pour être en mesure d'exercer les tâches et les activités exigées par chacun de ces postes. Encore une fois, l'employeur et l'employé connaissent exactement ce qui est nécessaire pour l'exercice des activités du poste particulier.

Par conséquent, il y a «suppression d'une fonction» lorsque cet ensemble d'activités qui constitue un poste n'est plus exécuté par suite de la décision arrêtée de bonne foi par l'employeur. Par exemple, si un ensemble donné d'activités est tout simplement confié intégralement à une autre personne, ou si l'activité ou la tâche reçoit simplement un titre nouveau et différent de façon à pouvoir figurer dans une autre description de poste, alors on ne pourrait parler de la «suppression d'une fonction». En revanche, si les activités qui font partie de l'ensemble ou du groupe d'activités sont réparties entre d'autres personnes, comme ce fut le cas dans *Mudarth*, précité, il y aurait «suppression d'une fonction». Il y aurait également «suppression d'une fonction» si les responsabilités sont décentralisées, comme ce fut le cas dans *Coulombe*, précité.

(b) *L'application de ces définitions aux faits de l'espèce*

Les appelants exécutaient l'ensemble d'activités et de tâches appartenant aux membres de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick. Lorsque la Patrouille routière a été abolie, la «fonction» ou le «poste» d'agent a cessé d'exister. Il va sans

Patrolman ceased to exist. Obviously, the province could not abandon the policing of highways. New Brunswick quite properly contracted out this activity to the RCMP. This the province was specifically permitted to do pursuant to the provisions of s. 6(2) of the *Public Service Labour Relations Act*. The province was entitled to contract with the RCMP to perform whatever activities were necessary in order to patrol the highway. The manner in which these activities were carried out would be determined by the RCMP subject to whatever conditions were imposed by the province as the terms of its contract.

Thereafter, the patrol work would be done by RCMP officers in RCMP vehicles, using RCMP equipment. From the moment it began to perform its contractual duties the RCMP would be responsible for all that this police work entailed. It would be the RCMP that would be responsible for the hiring, training, discipline and promotion of officers. It would be the RCMP that would fix their place of work and hours of work, their pay and pensions, provide the necessary equipment and arrange for its maintenance. It would be the RCMP that would be obliged to provide all that was required to comply with the terms of the contract. The way in which the patrolling was carried out might well be different from the methods followed by the New Brunswick Highway Patrol. Yet the province no doubt determined that it would be preferable, and in its best interests, to have the RCMP carry out the patrolling of the highways. This decision may have been reached for a number of valid reasons. Certainly the *bona fides* of the decision is not challenged.

The decision of the province to terminate its own highway patrol and enter into a contract with the RCMP to provide the service was a legitimate management decision. That decision terminated the "office" of the New Brunswick Highway Patrol personnel. It meant that the "function", that is to say the set of duties and activities, of the appellants as sergeants in the New Brunswick Highway Patrol had been discontinued. Their office had ceased to exist.

dire que la province ne pouvait pas renoncer à la surveillance policière des routes. Le Nouveau-Brunswick a fort à propos confié cette activité à la GRC. La province était expressément habilitée à le faire en vertu du par. 6(2) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. La province avait le droit de s'entendre avec la GRC pour que celle-ci exerce toutes les activités nécessaires à la surveillance des routes. Il incombait à la GRC d'établir le mode d'exécution de ces activités, sous réserve des modalités imposées par la province dans les clauses du contrat.

Dès lors, le travail de patrouille serait effectué par des agents de la GRC, dans des véhicules de la GRC et à l'aide du matériel de la GRC. Dès le moment où elle a entrepris de remplir ses obligations contractuelles, la GRC est devenue responsable de tout ce que ce travail policier peut entraîner. C'est la GRC qui est responsable de l'embauche, de la formation, de la discipline et de la promotion des agents. C'est la GRC qui détermine leur lieu et leurs heures de travail, leur rémunération et leurs pensions, qui leur fournit le matériel nécessaire et qui voit à son entretien. C'est la GRC qui est obligée de fournir tout ce qui est nécessaire pour assurer le respect des clauses du contrat. La méthode retenue pour effectuer la patrouille peut fort bien être différente des méthodes qu'employait la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick. Pourtant, la province a sans aucun doute déterminé qu'il serait préférable, et même avantageux pour elle, de confier la patrouille des routes à la GRC. Cette décision peut avoir été prise pour nombre de raisons valides. La bonne foi de la décision n'est certainement pas mise en cause.

La décision prise par la province d'abolir sa propre Patrouille routière et de conclure avec la GRC un contrat pour la prestation du service était une décision administrative légitime. Cette décision a aboli le «poste» du personnel de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick. Cela signifie que la «fonction», c'est-à-dire l'ensemble de tâches et d'activités, des appelants à titre de sergents de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick a été abolie. Leur poste a cessé d'exister.

It was vigorously argued on behalf of the appellants that this Court's recent decision in *PSAC, supra*, indicates that the contracting out of the work performed by employees cannot constitute a "discontinuance of a function". I cannot accept that argument. That decision is simply not applicable to the case at bar. First, I would observe that in *PSAC* it was specifically noted that some instances of contracting out would legitimately constitute a "discontinuance of a function". At page 974 I stated:

Section 29 will undoubtedly apply to some instances of contracting out. However, in the present case the so-called contracted employees engaged in exactly the same work, on the same premises, with the same equipment, and carried out the very same instructions as had the indeterminate employees prior to the contracting out. The only change was that the new employer was now the contractor rather than the Public Service. This, in my opinion, cannot constitute a discontinuance of function. This however does not mean that there could not be cases of contracting out that would legitimately comprise a discontinuance of function and which would therefore permit lay-offs under s. 29. [Emphasis added.]

It is to be seen that the facts are very different from the contracting out which occurred in the case at bar. Here the RCMP could perform the contract duties in any manner which it deemed to be appropriate pursuant to the directions and orders of their senior officers. The RCMP would use its own personnel, vehicles and equipment. More importantly, in *PSAC* there had not been a termination of the very "office" or "function" as occurred in this case with the disbandment of the New Brunswick Highway Patrol.

Secondly, and perhaps most importantly, in *PSAC* there was a specific provision in the collective agreement that placed certain duties and obligations on the employer in circumstances where there was a contracting out of work. It was the failure to comply with these duties and obligations contained in the collective agreement that determined the result in the case. At page 975 the following appears:

L'avocat des appelants a soutenu avec insistance que la décision rendue par notre Cour dans *AFPC*, précité, indique que l'impartition de travaux effectués par les employés ne peut constituer la «suppression d'une fonction». Je ne puis accepter cet argument. Cette décision n'est tout simplement pas applicable à l'espèce. En premier lieu, je mentionnerais que dans *AFPC*, il a été précisément noté que certains cas d'impartition pourraient valablement constituer la «suppression d'une fonction». J'ai dit, à la p. 974:

Sans doute l'art. 29 s'appliquera-t-il à certains cas d'impartition, mais, dans la présente affaire, les employés dits contractuels faisaient exactement le même travail, dans les mêmes locaux, avec le même matériel et exécutaient les mêmes instructions que l'avaient fait antérieurement à l'impartition les employés nommés pour une période indéterminée, à cette seule différence près que le nouvel employeur était l'entrepreneur plutôt que la fonction publique. Voilà qui, selon moi, ne peut constituer la suppression d'une fonction. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il ne pourrait pas y avoir de cas de recours à un entrepreneur qui entraîneraient légitimement la suppression d'une fonction et qui, en conséquence, justifieraient des mises en disponibilité en vertu de l'art. 29. [Je souligne.]

On peut constater que les faits diffèrent beaucoup de l'impartition qui a eu lieu dans la présente instance. En l'espèce, la GRC pouvait s'acquitter de ses obligations contractuelles de la façon qu'elle le jugeait approprié conformément aux directives et aux ordres des officiers supérieurs. Elle utiliserait son personnel, ses véhicules et son matériel. Fait plus important encore, dans *AFPC*, il n'y avait pas eu suppression du «poste» même ou de la «fonction» même comme ce fut le cas en l'espèce en raison de l'abolition de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick.

En deuxième lieu, et c'est peut-être l'aspect le plus important, dans l'arrêt *AFPC*, la convention collective comportait une disposition expresse qui imposait certains devoirs et obligations à l'employeur en cas d'impartition. C'est l'omission de respecter ces devoirs et obligations prévus dans la convention collective qui a été déterminante pour l'issue de cette affaire. À la page 975, on trouve les motifs suivants:

What must be remembered is that in this case the Policy imposes an obligation on the employer in the event of contracting out. This obligation was correctly articulated by the Board:

The employer had an obligation under the Policy to review and when possible terminate contracting out arrangements in order to ensure the continued employment of indeterminate employees within the Public Service. (Emphasis added.)

In my opinion the Board's finding that the employer failed to carry out this obligation in the instant case can certainly not be characterized as patently unreasonable.

In the case at bar there is no such obligation resting upon the employer. Thus the very factor that determined the result in the PSAC case is not present here. Indeed I would observe that s. 63(2) of the *Public Service Labour Relations Act* of New Brunswick specifically prohibits a collective agreement from derogating from the 30 days notice requirement set out in s. 9(1) of N.B. Reg. 84-229. The PSAC case is therefore readily distinguishable and certainly not determinative of this case.

In conclusion, there was a *bona fide* decision by the employer province to disband the Highway Patrol. This decision resulted in the discontinuance of the function of the appellants as sergeants in the Patrol. It remains to be determined what notice ought to have been given to the appellants upon the termination of their employment.

(c) *Notice upon Termination of Employment*

On this aspect of the case the appellants rely upon the dissenting reasons of Hoyt J.A. In essence it was his view that s. 26 of the *Civil Service Act* did not take away an employee's right to have his or her termination governed by the ordinary rules of contract as provided by s. 20 of the same Act. In his view, it followed that the appellants were entitled to reasonable notice of the termination of their contract of employment.

Il faut se rappeler qu'en l'espèce la politique impose à l'employeur une obligation dans le cas du recours à un entrepreneur, obligation que la Commission a su formuler avec exactitude:

La Politique obligeait l'employeur à réexaminer la sous-traitance et, lorsque c'était possible, à y mettre fin afin de préserver les emplois des fonctionnaires nommés pour une période indéterminée au sein de la fonction publique. (Je souligne.)

À mon avis, la conclusion de la Commission qu'en l'espèce l'employeur a manqué à cette obligation ne peut certainement pas être qualifiée de manifestement déraisonnable.

En l'espèce, aucune obligation semblable ne liait l'employeur. Par conséquent, le facteur même qui a été déterminant pour l'issue de l'arrêt *AFPC* ne se retrouve pas en l'espèce. Je mentionnerais que le par. 63(2) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* du Nouveau-Brunswick interdit expressément toute dérogation, dans une convention collective, à l'exigence du préavis de 30 jours prévu au par. 9(1) du Règl. du N.-B. 84-229. Une distinction peut donc facilement être faite d'avec l'arrêt *AFPC*, qui n'est certainement pas déterminant dans la présente instance.

En conclusion, la province employeur a pris de bonne foi la décision d'abolir la Patrouille routière. Cette décision a entraîné la suppression de la fonction des appelants comme sergents de la patrouille. Il reste à déterminer quel préavis les appelants auraient dû recevoir au sujet de la cessation de leur emploi.

c) *Le préavis de cessation d'emploi*

En ce qui a trait à cet aspect de l'affaire, les appelants se fondent sur les motifs de dissidence du juge Hoyt. En substance, celui-ci estimait que l'art. 26 de la *Loi sur la Fonction publique* n'abrogeait pas le droit de chaque employé d'exiger que la cessation de son emploi soit régie par les règles contractuelles ordinaires, comme le prévoit l'art. 20 de la même loi. À son avis, il s'ensuit que les appelants avaient droit à un préavis raisonnable au sujet de la cessation de leur emploi.

Unfortunately, I cannot agree with this position. Section 20 provides as follows:

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

It will be noted that the section provides that it is "[s]ubject to the provisions of this Act . . .". Section 26(1) of the Act reads as follows:

26(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head, in accordance with regulations made by the Board, may lay off the employee.

Section 9(1) of N.B. Reg. 84-229 passed pursuant to the *Civil Service Act* reads:

9(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head shall

(b) if the employee cannot be retained in another appropriate position in the department, give the employee and the Secretary of the Board thirty days notice that the services of the employee are no longer required.

Thus it can be seen that s. 20 makes it clear that it is subject to the provisions of s. 26 of the Act. Section 9(1) of the regulations passed pursuant to the Act indicates that when the services of an employee are no longer required because of the discontinuance of a function then the 30 days notice is all that the employer is required to give the employee. This is in effect a condition of the employment of the civil servant by the province of New Brunswick. By that condition of employment the employees need not be given anything more than 30 days notice.

It seems unduly harsh that a loyal, able and dedicated civil servant of many years standing can be dismissed with but 30 days notice. The consequences of such short notice for a long serving

Je ne puis malheureusement souscrire à cette opinion. L'article 20 porte:

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d'emploi d'un administrateur général ou d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

Il y a lieu de souligner que l'article prévoit qu'il s'applique «[s]ous réserve de la présente loi . . .». Le paragraphe 26(1) de la Loi porte:

26(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général peut, conformément aux règlements du Conseil, licencier l'employé.

Le paragraphe 9(1) du Règl. du N.-B. 84-229, adopté en vertu de la *Loi sur la Fonction publique*, dispose:

9(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général doit,

b) s'il ne peut garder l'employé dans son ministère dans un autre poste idoine, lui donner ainsi qu'au secrétaire du Conseil un préavis de trente jours les avisant que les services de l'employé ne sont plus nécessaires.

L'article 20 établit donc manifestement et clairement qu'il s'applique sous réserve de l'art. 26 de la Loi. Le paragraphe 9(1) du règlement adopté en vertu de la Loi indique que, lorsque la suppression d'une fonction rend inutiles les services d'un employé, l'employeur n'est tenu de donner à l'employé que le préavis de 30 jours. Il s'agit là en effet d'une condition d'emploi des fonctionnaires dans la province du Nouveau-Brunswick. En vertu de cette condition d'emploi, les employés n'ont droit qu'à un préavis de 30 jours.

Il peut paraître excessivement dur de permettre qu'un fonctionnaire loyal, compétent et consciencieux pouvant justifier de nombreuses années d'expérience soit licencié après un simple préavis de 30

employee whether police sergeant or deputy minister could well be distressing to say the least.

The inequity is compounded by the provision that a collective bargaining agreement cannot by its terms vary the 30 days notice requirement. Yet this is valid legislation. There is no *Charter* right to reasonable notice of termination of employment. Indeed at common law servants of the Crown held office at pleasure with the result that they could be terminated without notice. It follows that the appellants were not entitled to more than 30 days notice.

Despite the harshness of the statutory provision it should be observed that the appellants were treated with fairness. They were aware that their jobs would disappear some months before they received the formal 30 days notice of termination. They were offered and accepted jobs as corrections officers and received \$5,000 over and above their pay as corrections officers.

5. Disposition

The appeal must be dismissed with costs if demanded.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—Mr. Flieger and Mr. McNutt were officers with the New Brunswick Highway Patrol. Each was laid off after their employer, the province of New Brunswick, decided to disband the patrol and contract its duties out to the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP"). My colleague concludes that the contracting out was a "discontinuance of a function" under s. 26(1) of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, that this section displaces the ordinary rules of contract, and that Mr. Flieger and Mr.

jours. Les conséquences d'un préavis si bref pour un employé de longue date, qu'il soit sergent de police ou sous-ministre, peuvent très bien être source d'angoisse, c'est le moins que l'on puisse dire.

L'iniquité est aggravée par la disposition selon laquelle une convention collective ne peut, dans les conditions qu'elle stipule, modifier l'obligation relative au préavis de 30 jours. Malgré cela, il s'agit d'une loi valide. La *Charte* ne garantit aucun droit à un préavis raisonnable de cessation d'emploi. En fait, en common law, les employés de l'État occupent leur poste à titre amovible, de sorte que leur emploi peut être aboli sans préavis. Il s'ensuit que les appelants n'avaient pas droit à davantage qu'un préavis de 30 jours.

En dépit de la sévérité de cette disposition législative, il y a lieu de noter que les appelants ont été traités équitablement. Ils savaient plusieurs mois avant de recevoir le préavis officiel de cessation d'emploi que leurs postes allaient être supprimés. Ils ont accepté l'offre qu'on leur a faite de devenir des agents de correction et ils ont reçu 5000 \$ en sus de leur rémunération à titre d'agents de correction.

5. Dispositif

Le pourvoi doit être rejeté, avec dépens si demande en est faite.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—M. Flieger et M. McNutt étaient agents de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick. Ils furent tous deux licenciés après que leur employeur, la province du Nouveau-Brunswick, eut décidé d'abolir la patrouille et d'en confier les tâches à la Gendarmerie royale du Canada («GRC»). Mon collègue conclut que cette impartition est la «suppression d'une fonction» au sens du par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, que cette disposition remplace les règles contractuelles ordinaires et, en conséquence, que MM. Flieger et McNutt

McNutt were thus entitled to only 30 days notice. I cannot agree.

This case centres around two issues: first, whether the appellants were laid off because of the “discontinuance of a function”; and second, if they were, whether they are entitled to reasonable notice of termination. The resolution of both these issues turns primarily on the interpretation of the *Civil Service Act*, in particular ss. 20 and 26(1), and of s. 9(1) of N.B. Reg. 84-229. To that end, I will first discuss the larger statutory framework concerning termination of employment, then consider the meaning of the phrase “discontinuance of a function” and determine whether, on the facts, such a discontinuance occurred in this case. Last, I will comment on the entitlement of employees to notice of termination.

Before turning to the first of these considerations, however, I want to make it clear that this case is not about the ability of an employer to contract out work. The right of the Government of New Brunswick to contract out the policing of highways to the RCMP was never an issue in this case. At issue here is simply whether or not Mr. Flieger and Mr. McNutt were entitled to reasonable notice that their jobs were to be terminated.

1. The Statutory Framework

Sections 20 through 27 of the *Civil Service Act* set out the terms and conditions governing the employment of civil servants, including the appellants. The first of these provisions merits particular emphasis:

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

This section radically modifies the common law position of employees of the Crown. Pursuant to a long history at common law, the ordinary rules of contract did not apply to servants of the Crown. On the contrary, such employees were said to be employed “at pleasure” and, in the absence of a collective agreement or statutory modification of

n’avaient droit qu’à un préavis de 30 jours. Je ne puis souscrire à ces conclusions.

Cet appel porte sur deux points: En premier lieu, les appelants ont-ils été licenciés par suite de la «suppression d’une fonction»? En second lieu, si tel est le cas, ont-ils droit à un préavis raisonnable de cessation d’emploi? La réponse à ces deux questions dépend essentiellement de l’interprétation de la *Loi sur la Fonction publique*, en particulier l’art. 20 et le par. 26(1), et du par. 9(1) du Règl. du N.-B. 84-229. À cette fin, j’examinerai d’abord le cadre législatif plus large régissant la cessation d’emploi, puis le sens de l’expression «suppression d’une fonction», et je déterminerai si, dans les faits, cette suppression s’est réalisée ici. Je traiterai enfin du droit des employés de recevoir un préavis de cessation d’emploi.

Avant d’aborder la première de ces questions, je tiens toutefois à établir clairement que cette cause ne porte pas sur le pouvoir d’un employeur de recourir à l’impartition. Le droit du gouvernement du Nouveau-Brunswick de confier la patrouille de ses routes à la GRC n’a jamais été contesté en l’espèce. Il s’agit simplement de déterminer si MM. Flieger et McNutt avaient le droit de recevoir un préavis raisonnable de la cessation de leur emploi.

1. Le cadre législatif

Les articles 20 à 27 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoient les modalités qui régissent l’emploi des fonctionnaires, dont les appelants. La première de ces dispositions mérite tout particulièrement d’être soulignée:

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d’emploi d’un administrateur général ou d’un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

Cet article modifie radicalement la position des employés de la Couronne selon la common law. Suivant une longue tradition en common law, les règles contractuelles ordinaires ne s’appliquaient pas aux employés de la Couronne. Bien au contraire, les fonctionnaires étaient nommés «à titre amovible» et, en l’absence de convention collec-

this rule, could be dismissed without cause, and without notice. It is interesting to note that under the federal *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, for example, the principle of employment at pleasure still applies. However, in New Brunswick, the enactment of s. 20 of the *Civil Service Act* brought the ordinary rules of contract into play, and extended the protection of these rules to employees of the Crown.

What, then, are the ordinary rules of contract dealing with termination of employment? The general rule is that, unless an employee has given the employer cause for dismissal, the employer must give the employee reasonable notice of termination. In *Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law* (1992), vol. 1, at pp. 1616 and 1624, two aspects of this general rule are summarized as follows:

1.2 TERMINATION WITH NOTICE

1.2.1 General Principle

A "contract of employment" will be treated as a contract of indefinite duration, terminable by "notice" (either expressly or impliedly) unless it is a "contract for a fixed term" or for the "completion of a specific task" or contains an exhaustive enumeration of the grounds upon which it may be terminated.

1.3 TERMINATION WITHOUT NOTICE

1.3.1 General Principles

(1) *Termination without notice at common law*

At common law, summary termination of the contract of employment by either party gives the innocent party the right to sue for breach of contract. The defendant may have a defence if the court is satisfied that the plaintiff was guilty of conduct which amounted to a serious breach of contract or to a repudiation of the contract.

In short, while an employer may choose to terminate the contract without giving notice, the

tive ou de modification de cette règle par voie législative, ils pouvaient être licenciés sans motif et sans préavis. Il est intéressant de noter qu'en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* fédérale, L.R.C. (1985), ch. P-33, par exemple, le principe de l'emploi à titre amovible s'applique toujours. Au Nouveau-Brunswick, toutefois, l'adoption de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* a introduit l'application des règles contractuelles ordinaires et étendu la protection de ces règles aux employés de la Couronne.

En quoi donc consistent les règles contractuelles ordinaires régissant la cessation d'emploi? La règle générale veut que, sauf dans les cas où l'employé a donné à l'employeur un motif de renvoi, l'employeur soit tenu de donner à l'employé un préavis raisonnable de cessation d'emploi. Dans *Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law* (1992), vol. 1, aux pp. 1616 et 1624, deux aspects de cette règle générale sont ainsi résumés:

[TRADUCTION]

e 1.2 CESSATION AVEC PRÉAVIS

1.2.1 Principe général

Un «contrat de travail» est traité comme un contrat à durée indéterminée, auquel on peut mettre fin par «préavis» (expressément ou implicitement) sauf s'il s'agit d'un «contrat pour une durée fixe» ou d'un contrat pour la «réalisation d'une tâche précise», ou d'un contrat qui comprend une énumération exhaustive des motifs pouvant donner lieu à sa cessation.

g 1.3 CESSATION SANS PRÉAVIS

1.3.1 Principes généraux

h (1) *Cessation sans préavis en common law*

En common law, une cessation sommaire du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties donne à la partie innocente le droit d'intenter des poursuites pour rupture de contrat. La partie défenderesse peut avoir un moyen de défense si le tribunal est convaincu que la partie demanderesse a eu une conduite correspondant à une rupture grave du contrat ou à une répudiation du contrat.

j En résumé, l'employeur peut décider de mettre fin au contrat sans donner de préavis, mais il est alors

employer will then be liable for an amount representing what the employee would have earned during an appropriate notice period.

It should be emphasized that, at common law, the economic realities which face employers are not cause for the termination of the contract, and have rarely been found to relieve the employer of the normal obligation to give reasonable notice of termination. Christie, England and Cotter summarize this well in *Employment Law in Canada* (2nd ed. 1993), at pp. 661-62:

... whenever an employee is terminated at the initiative of the employer without due notice or pay in lieu thereof the employee will be entitled to damages for wrongful dismissal, unless he/she has given cause for dismissal. The employer may have any number of very good reasons why it cannot continue to employ the employee but it is still required to give due notice. Unless the contract of employment expressly or impliedly allows for summary termination or lay-off due to lack of work, the employer is not relieved by business exigencies of its obligation to give due notice. Internal reorganizations, for example, no matter how economically necessary, do not justify termination without due notice. The constructive dismissal cases considered above illustrate with particular clarity the almost too obvious point that "cause" for summary dismissal must be found in the conduct of the employee and not the economic needs of the employer. If a business dissolves, winds up or reduces its operations, the employees will inevitably be terminated and where there is a sale or a merger, jobs will often pass out of existence. In all of these cases the employer reaction may well be "business is business, there is nothing I can do about the loss of jobs", but the attitude of the law has always been that none of these events is cause for dismissal. Only where the contract of employment is held to be frustrated rather than terminated by the voluntary act of the employer will there be no liability in damages for summary dismissal without cause. [Footnotes deleted; emphasis added.]

In short, under the ordinary law of contract, business needs simply do not obviate the responsibility

tenu de verser à l'employé un montant correspondant à la rémunération qu'il aurait gagnée pendant la période appropriée de préavis.

Il y a lieu de souligner qu'en common law les réalités économiques auxquelles les employeurs doivent faire face ne sont pas une cause de résiliation du contrat de travail, et qu'elles ne libèrent que rarement l'employeur de l'obligation normale qui lui incombe de donner un préavis raisonnable de cessation. Christie, England et Cotter résument bien ce principe dans *Employment Law in Canada* (2^e éd. 1993), aux pp. 661 et 662:

[TRADUCTION] ... chaque fois que l'employeur prend l'initiative de licencier un employé sans lui donner de préavis ni lui verser un montant correspondant, l'employé a le droit de réclamer des dommages-intérêts pour renvoi injustifié à moins d'avoir donné motif à renvoi. L'employeur peut avoir nombre de raisons très valables pour cesser d'engager l'employé, mais il n'en est pas moins tenu de donner un préavis approprié. À moins que le contrat de travail ne prévoie expressément ou implicitement la cessation sommaire ou le licenciement pour manque de travail, l'employeur n'est pas affranchi par quelque motif commercial de son obligation de donner un préavis approprié. Les réorganisations internes, par exemple, si nécessaires qu'elles soient sur le plan économique, ne justifient pas la résiliation du contrat de travail sans préavis approprié. Les cas de licenciement déguisé examinés plus haut illustrent de façon particulièrement claire ce qui semble être l'évidence même, à savoir que le «motif» du licenciement sommaire doit se trouver dans la conduite de l'employé et non dans les besoins économiques de l'employeur. Lorsqu'il y a dissolution ou liquidation d'une entreprise, ou encore réduction de ses opérations, il y a inévitablement licenciement de ses employés; lorsqu'il y a vente ou fusion d'entreprises, il y a souvent disparition d'emplois. Dans tous ces cas, la réaction de l'employeur peut fort bien être de dire «les affaires sont les affaires, je ne puis rien contre la perte d'emplois», mais l'état du droit maintient depuis toujours qu'aucun de ces événements ne constitue un motif de renvoi. Ce n'est que lorsque le contrat de travail est tenu pour inexécutable plutôt que rompu intentionnellement par l'employeur que le défendeur sera exonéré de toute responsabilité dans une action en dommages-intérêts pour licenciement sommaire sans motif valable. [Renvois omis; je souligne.]

Bref, en vertu des règles contractuelles ordinaires, les impératifs commerciaux ne dispensent tout

of an employer to give an employee reasonable notice of termination.

The effect of s. 20 of the *Civil Service Act* is to incorporate these principles as terms which govern the employment relationship. As my colleague notes, these principles are incorporated "[s]ubject to the provisions of this Act or any other Act". Because of this qualifier, the rules of contract are modified and augmented by pieces of legislation such as the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2, and the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11. For example, the ordinary rules of contract do not allow for any inquiry into an employer's reasons for dismissing an employee. However, the above pieces of legislation modify this stance by permitting certain inquiries into employer "reasons", and by preventing terminations based upon, among other things, "whistle-blowing" by an employee, or upon an employee decision to marry or have children.

The ordinary rules of contract are also modified and augmented by other provisions in the *Civil Service Act*. The provision which is at the centre of the dispute in this case is s. 26 which reads as follows:

26(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head, in accordance with regulations made by the Board, may lay off the employee.

26(2) An employee ceases to be an employee when he is laid off pursuant to subsection (1).

26(3) Notwithstanding anything in this Act, an employee who has been laid off may be placed by the Secretary of the Board on those eligibility lists for which in the opinion of the Secretary of the Board the employee is qualified.

26(4) Notwithstanding subsection (2), an employee who is laid off is entitled during such period as the Secretary of the Board may determine for any case or class of cases, to enter any closed competition for which he would have been eligible had he not been laid off. [Emphasis added].

simplement pas l'employeur de son obligation de donner à l'employé un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

^a L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* a pour effet d'incorporer ces principes dans les conditions qui régissent la relation employeur-employé. Comme le note mon collègue, ces principes sont incorporés «[s]ous réserve de la présente loi ou de toute autre loi». Par cette réserve, les règles contractuelles sont modifiées et amplifiées par des lois telles que la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, et la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11. Par exemple, les règles contractuelles ordinaires ne permettent pas d'examiner les motifs qui ont poussé l'employeur à licencier un employé. En revanche, les lois susmentionnées modifient cet état du droit en permettant de s'enquérir des «motifs» de l'employeur et en empêchant des cessations d'emploi fondées, notamment, sur le fait qu'un employé a fait une «dénonciation» ou qu'il a décidé de se marier ou d'avoir des enfants.

Les règles contractuelles ordinaires sont aussi modifiées et amplifiées par d'autres dispositions de la *Loi sur la Fonction publique*. La disposition qui est au cœur du présent litige est l'art. 26, qui porte:

26(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général peut, conformément aux règlements du Conseil, licencier l'employé.

26(2) Un employé cesse d'être un employé lorsqu'il est licencié conformément au paragraphe (1).

26(3) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, quand un employé a été licencié, il peut être inscrit par le secrétaire du Conseil sur les listes d'admissibilité pour lesquelles celui-ci considère qu'il possède les compétences voulues.

26(4) Nonobstant le paragraphe (2), l'employé qui est licencié a le droit, pendant la durée fixée par le secrétaire du Conseil pour tout cas ou toute catégorie de cas, de prendre part à tout concours restreint auquel il aurait été admissible s'il n'avait pas été licencié. [Je souligne.]

The relevant regulation, s. 9(1) of N.B. Reg. 84-229, reads:

9(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head shall

(a) before the employee is laid off, consider the qualifications and work performance of the employee and determine whether or not the employee could be retained on staff in another appropriate position within his department; and

(b) if the employee cannot be retained in another appropriate position in the department, give the employee and the Secretary of the Board, thirty days notice that the services of the employee are no longer required.

Section 26 and the regulations made pursuant to it are engaged when an employee is no longer required because of lack of work or the discontinuance of function. Under these provisions, employees are given entitlements that do not form part of the ordinary rules of contract. They have a right to be considered for alternative work within the department under s. 9(1)(a) of the regulations. Even after the employment relationship has been formally terminated, ss. 26(3) and 26(4) of the *Civil Service Act* provide that the employee may be placed on eligibility lists, and may enter closed competitions for other positions with the Civil Service. These are not rights or obligations which form part of the ordinary law of contract. I will return later to the question of the notice period mentioned in s. 9(1)(b) of the regulations, but would note at this point that these provisions appear to add to the protection available to an employee under the ordinary rules of contract.

I would also emphasize that s. 26(1) does not purport to provide an exhaustive list of circumstances in which the employer may dismiss the employee. There is no language in s. 26(1) which would indicate that the employer can only lay off an employee where there is lack of work or the discontinuance of a function. These provisions add to the ordinary rules of contract governing the termination of contracts under these specific circum-

Le règlement pertinent, le par. 9(1) du Règl. du N.-B. 84-229 porte:

9(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général doit,

a) avant le licenciement de l'employé, tenir compte des compétences et du rendement de l'employé et décider s'il pourrait ou non le garder dans le personnel de son ministère dans un autre poste idoine; et

b) s'il ne peut garder l'employé dans son ministère dans un autre poste idoine, lui donner ainsi qu'au secrétaire du Conseil un préavis de trente jours les avisant que les services de l'employé ne sont plus nécessaires.

L'article 26 et son règlement d'application entrent en jeu lorsque les services d'un employé ne sont plus nécessaires par suite d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction. En vertu de ces dispositions, les employés ont droit à des mesures qui ne font pas partie des règles contractuelles ordinaires. Ils ont le droit d'être appelés à d'autres fonctions au sein du ministère en vertu de l'al. 9(1)a) du règlement. Les paragraphes 26(3) et 26(4) de la *Loi sur la Fonction publique* prévoient que, même après la rupture formelle de la relation de travail, l'employé peut être inscrit sur des listes d'admissibilité et prendre part à des concours restreints pour obtenir d'autres postes au sein de la fonction publique. Ce ne sont pas là des droits ou des obligations qui font ordinairement partie du droit des contrats. Je reviendrai plus tard sur la question du préavis mentionné à l'al. 9(1)b) du règlement, mais je voudrais noter dès maintenant que ces dispositions semblent ajouter à la protection accordée aux employés en vertu des règles contractuelles ordinaires.

Je soulignerais, en outre, que le par. 26(1) ne se veut pas une liste exhaustive des circonstances dans lesquelles l'employeur peut licencier un employé. Aucun des termes du par. 26(1) n'indique que l'employeur peut licencier un employé uniquement lorsqu'il y a manque de travail ou suppression d'une fonction. Ces dispositions ajoutent aux règles contractuelles ordinaires régissant la résiliation des contrats dans ces circonstances par-

stances, but by no means alter the basic rule: in the absence of a collective agreement or statutory provision to the contrary, an employer is free to terminate an employment contract by giving reasonable notice, even if the termination is done to facilitate the contracting out of the same work. Section 26 and the regulations simply provide that, where the termination is necessitated by lack of work or the discontinuance of a function, additional rules come into play.

I raise this point because the interpretation of the term “discontinuance of a function” seems, on occasion, to have been driven by an underlying fear that a narrow interpretation would somehow paralyse the government as an employer, preventing it from taking steps necessary to streamline operations or reduce its overhead. Hints of this underlying fear and concern are present in *Transport Guilbault Inc. v. Scott*, F.C.A., No. A-618-85, May 21, 1986, where Pratte J.A. at p. 2 expresses his belief that an alternative interpretation of discontinuance of function could have the effect of “unduly limiting the employer’s freedom to plan and organize its business as it wishes”. Similarly in *Mudarth v. Canada (Minister of Public Works)*, [1989] 3 F.C. 371 (T.D.), affirmed (1990), 113 N.R. 159 (F.C.A.), the trial judge Addy J. comments at p. 378 that a more narrow interpretation would “preclude the Government from abolishing any position”, “greatly preclude reorganization” and “paralyze any updating of administrative procedures”.

It is important to be clear about the situation before the Court. The government was at all times free to contract out. This “right” is available under the ordinary rules of contract, and nothing in the *Civil Service Act* indicates that there are any restrictions on contracting out. This right has even received a sort of statutory protection in other pieces of legislation such as s. 6(2) of the *Public*

ticulières, mais elles ne modifient en rien la règle fondamentale, à savoir qu’en l’absence d’une convention collective ou de dispositions législatives portant le contraire, l’employeur est libre de rompre un contrat de travail en donnant un préavis raisonnable, même si la cessation a lieu dans le but de faciliter l’impartition du même travail. L’article 26 de la Loi et le règlement prévoient simplement que des règles supplémentaires entrent en jeu lorsque la cessation d’emploi découle d’un manque de travail ou de la suppression d’une fonction.

Je soulève cette question parce que l’interprétation donnée à l’expression «suppression d’une fonction» semble avoir à l’occasion été motivée par la crainte sous-jacente qu’une interprétation restrictive entraîne la paralysie de l’État employeur, ce qui l’empêcherait de prendre les mesures nécessaires pour rationaliser son fonctionnement ou pour réduire ses frais généraux. Il est possible de déceler des indices de cette crainte et de cette préoccupation sous-jacentes dans l’arrêt *Transport Guilbault Inc. c. Scott*, C.A.F., n° A-618-85, le 21 mai 1986, où le juge Pratte, de la Cour d’appel fédérale, exprime à la p. 3, sa conviction qu’une autre interprétation de la suppression d’une fonction pourrait avoir pour effet de «limiter indûment la liberté de l’employeur de structurer et organiser son entreprise comme il l’entend». De même, dans la décision *Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1989] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.), confirmée par (1990), 113 N.R. 159 (C.A.F.), le juge de première instance Addy affirme, dans son commentaire à la p. 378, qu’une interprétation plus restrictive «empêcherait le gouvernement d’abolir quelque poste que ce soit», «nuirait [...] beaucoup à la réorganisation» et «paralyserait dans une large mesure toute mise à jour des procédures administratives».

Il est important d’établir clairement la situation sur laquelle la Cour est appelée à se prononcer. L’État en tout temps est habilité à procéder par impartition. Ce «droit» lui appartient en vertu des règles contractuelles ordinaires, et aucune disposition de la *Loi sur la Fonction publique* n’indique qu’il existe quelque restriction que ce soit en matière d’impartition. Ce droit a même fait l’objet

Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25. In this context, there is no reason to adopt an overly broad or distorted interpretation of discontinuance of function, motivated by fear or concern for the rights of the employer. The government was and is able to abolish positions, to reorganize and to update administrative procedures. With these comments in mind, I turn to the proper interpretation of the phrase “discontinuance of a function”.

2. Discontinuance of Function

As my colleague notes, neither “lack of work” nor “discontinuance of a function” is defined in the *Civil Service Act*. According to the respondent, these terms must be seen through the employer’s prism. I do not agree. In the absence in the legislative text of any indication to the contrary, both terms should be interpreted objectively. The termination of an employment contract is a matter that involves two parties, and the interpretation of both the terms “lack of work” and “discontinuance of a function” must necessarily be one that focuses not simply on either party, but on the larger context of the employment situation. Both these terms must be interpreted in a fashion that accounts for that which unites the employee and the employer; that is, the work itself.

Although this case was argued on the basis of a discontinuance of function, and it was not suggested that this situation involved “lack of work”, it may be useful to comment on the meaning of both these terms, as the meaning of each may assist in informing the meaning of the other, and the presence of either activates the additional protections of s. 26(1). In my view, both terms have a relatively plain meaning, one that is readily discernable in the employment context.

d’une sorte de protection statutaire dans d’autres dispositions législatives tel le par. 6(2) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25. Dans ce contexte, rien ne justifie d’adopter une interprétation démesurément large ou déformée de la suppression d’une fonction, qui serait motivée par une crainte ou une préoccupation à l’égard des droits de l’employeur. L’État était et est habilité à abolir des postes, de même qu’à réorganiser et à mettre à jour des procédures administratives. Compte tenu de ces commentaires, j’aborde maintenant l’interprétation à donner à l’expression «suppression d’une fonction».

2. Suppression d’une fonction

Comme le fait remarquer mon collègue, la *Loi sur la Fonction publique* ne donne aucune définition des expressions «manque de travail» et «suppression d’une fonction». Selon l’intimée, ces expressions doivent être lues à travers le prisme de l’employeur. Je ne suis pas d’accord. À défaut de toute indication contraire dans le texte de la loi, ces deux expressions devraient recevoir une interprétation objective. La résiliation d’un contrat de travail est une question qui intéresse deux parties, et l’interprétation des deux expressions «manque de travail» et «suppression d’une fonction» doit nécessairement tenir compte non seulement de l’une ou l’autre des parties, mais encore du contexte plus global de la situation de l’emploi. Ces deux expressions doivent être interprétées d’une façon qui tienne compte de ce qui unit l’employé et l’employeur, à savoir le travail en soi.

Même si la présente affaire a été présentée sous l’angle de la suppression d’une fonction sans qu’on donne à entendre que la situation porte sur un «manque de travail», il pourrait être utile d’examiner le sens de ces deux expressions, puisque le sens de l’une peut permettre d’éclairer le sens de l’autre, et que la présence de l’une ou l’autre déclenche les garanties supplémentaires prévues au par. 26(1). À mon avis, les deux expressions ont un sens relativement évident, qui peut facilement être déterminé dans le contexte de l’emploi.

“Lack of work” is a situation which exists when an employer determines that the work being performed can be performed by fewer people. The phrase “lack of work” does not necessarily imply that business has slowed down, or that employees are not busy. However, the employer has the right to determine how many employees to hire to perform the required work, and whether the work can be performed with fewer employees. Where the employer determines to cut back on employees, for whatever reason, the resulting terminations are related to lack of work. It should be clear that lack of work is not simply a description of the situation after an employee has been laid off.

A “discontinuance of a function” occurs when an employer decides to abolish a service or function in its totality. My colleague uses the term “office” to inform the meaning of “function”. I do not find this term to provide much in the way of guidance. On the contrary, I am of the view that a focus on “office” may detract from the central issue which is the existence of the “function”. I agree with the comments of Hoyt J.A., now C.J.N.B., that:

... function relates to the work being performed by the laid off employee and not, in some abstract sense, to an office held by the employee who performs the work. Otherwise, each time there was a lay-off, there would be a discontinuance of a function because that person would no longer be performing the work.

((1991), 125 N.B.R. (2d) 228, at p. 245.)

While the bundle of tasks performed by a specific employee must be considered, the appropriate focus must also account for the larger context and for the work in which the employer is engaged. This larger focus simplifies the task of assessing whether employees have been let go because of either the lack of work or the discontinuance of a function.

On décrit par «manque de travail» la situation qui existe lorsqu'un employeur détermine que le travail actuellement en cours peut être accompli par un nombre plus restreint d'employés. L'expression «manque de travail» ne suppose pas nécessairement que l'entreprise ait réduit ses activités, ni que les employés ne soient pas occupés. Cependant, l'employeur a le droit d'établir le nombre d'employés à engager pour accomplir le travail nécessaire et de déterminer si le travail peut être accompli par un nombre plus restreint d'employés. Lorsque l'employeur décide de réduire le nombre d'employés, pour quelque motif que ce soit, les cessations d'emploi qui en découlent sont liées au manque de travail. Il devrait être clair que le manque de travail n'est pas simplement la description de la situation qui existe après la mise à pied d'un employé.

Il y a «suppression d'une fonction» lorsque l'employeur décide d'abolir un service ou une fonction dans son intégralité. Mon collègue emploie l'expression «poste» pour éclairer le sens à donner au terme «fonction». Je ne crois pas que cette expression soit d'une grande utilité pour nous guider. J'estime, au contraire, que le fait de concentrer l'attention sur le «poste» peut nous détourner de la question centrale qui porte sur l'existence de la «fonction». Je suis d'accord avec les commentaires du juge Hoyt, maintenant juge en chef du Nouveau-Brunswick, portant que:

[TRADUCTION] ... le terme «fonction» vise le travail effectué par l'employé licencié et non, de façon abstraite, le poste qu'occupe l'employé qui effectue le travail. À défaut, il y aurait à l'occasion de chaque licenciement, suppression d'une fonction puisque la personne en question n'effectuerait plus le travail.

((1991), 125 R.N.-B. (2^e) 228, à la p. 245.)

Même s'il faut tenir compte de l'ensemble des tâches accomplies par un employé en particulier, il faut aussi prendre en considération le contexte plus global et le travail dans lequel l'employeur est engagé. Cette considération élargie simplifie la tâche de déterminer si les employés ont été licenciés parce qu'il y avait manque de travail ou suppression d'une fonction.

Perhaps an example would provide a framework for discussion about the distinctions between lack of work, discontinuance of function and contracting out. Let us consider a computer company which has four departments: computer sales, accounting, the kitchen (which provides lunch to all employees five days a week), and computer service. Faced with a tight economic market, the company takes four steps to reorganize for greater efficiency. First, it decides to cut the number of computer sales employees in half, and to close one of the sales outlets. Second, it purchases a computer program that is capable of producing the accounts and cheques automatically. Because of the efficiency and accuracy of the program, it is able to do the work of the entire accounting staff, who used to produce all the accounting work manually. The manual accounting tasks are rendered obsolete in the face of this technological breakthrough, and the entire accounting staff is laid off. Third, the company decides that it is too costly to provide lunch to all the employees. The kitchen is closed, and the kitchen staff are laid off. Last, the company decides to reduce overhead costs by contracting out the computer service portion of the business to a highly specialized computer service company, and so lays off all the computer service employees. The company continues to provide computer service to its customers, but does so by employing contract computer service employees.

In this scenario, the computer sales people are laid off because of lack of work. The closing of an outlet does not change this characterization. The work of computer sales continues to be done, but by fewer people and at fewer locations. The kitchen staff are laid off because of the discontinuance of a function. Lunch is no longer provided. The computer services employees, however, are laid off neither because of lack of work, nor because of the discontinuance of a function. They are laid off simply because the company decided to contract out the jobs performed by these employees. The company has reorganized the way in which computer service is provided, but has not

Un exemple permettrait peut-être de mieux cerner les distinctions entre le manque de travail, la suppression d'une fonction et l'impartition. Supposons qu'une entreprise informatique est formée de quatre divisions: les ventes de matériel informatique, la comptabilité, la cafétéria (qui fournit le repas du midi à tous les employés, cinq jours par semaine) et les services informatiques. Dans une conjoncture économique difficile, l'entreprise se réorganise en quatre étapes dans un but de plus grande efficacité. En premier lieu, elle décide de réduire le nombre de ses employés des ventes de matériel informatique et de fermer un de ses points de vente. En deuxième lieu, elle achète un logiciel capable de produire automatiquement les comptes et les chèques. Grâce à son efficacité et à son exactitude, ce logiciel peut accomplir le travail de tout le personnel de la comptabilité, qui tenait les livres comptables selon les méthodes traditionnelles. Ces tâches comptables traditionnelles sont donc dépassées par cette percée technologique, et tout le personnel de la comptabilité est licencié. En troisième lieu, l'entreprise décide que la prestation des services de cafétéria à tous ses employés est trop coûteuse. Elle ferme donc la cafétéria et licencie le personnel qui y travaillait. En dernier lieu, l'entreprise décide de réduire ses frais généraux en confiant la partie services informatiques à une société de services informatiques très spécialisée, et de licencier tous les employés de ces services. L'entreprise continue à fournir des services informatiques à ses clients, mais en ayant recours à des employés contractuels.

Dans ce scénario, les employés des ventes de matériel informatique sont licenciés par suite d'un manque de travail. La fermeture du point de vente ne modifie en rien cette qualification. Le travail des ventes de matériel informatique se poursuit, mais il est le fait d'un nombre moins grand de personnes travaillant en moins d'endroits qu'auparavant. Le personnel de la cafétéria est licencié par suite de la suppression d'une fonction. Le repas du midi n'est plus fourni. Quant aux employés des services informatiques, ils ne sont licenciés ni par suite d'un manque de travail, ni en raison de la suppression d'une fonction. Ils sont licenciés simplement parce que l'entreprise a décidé de procé-

discontinued the function itself. The lay-off of the accounting staff is slightly more complex, but I am of the view that it is because of lack of work. It should be noted that the function of producing the accounts continues to be performed, albeit in a much transformed manner. However, it is also possible to conclude that the accounting function is being performed in such a radically different manner that the accounting function itself has been discontinued. This is similar to the situation in *Mudarth, supra*. In that case, a secretarial position was eliminated and the work previously done by the secretary was picked up by other people. Though it was assumed that this was a discontinuance of function, I am of the view that, since all the tasks previously performed by the secretary continued to be performed, that case is perhaps better understood as involving lack of work.

It is not my intention to conclusively define all the possible scenarios or situations which will arise. Furthermore, though the terms "lack of work" and "discontinuance of a function" can be kept conceptually distinct, they are not rigid categorizations, and there may well be some fluidity between the terms. There will undoubtedly be business reorganizations which may be capable of more than one characterization. Clearly, the practical application of these terms to specific business problems may on occasion be quite complex. However, a focus on the larger perspective can reduce many of the problems of characterization.

Whether the label "lack of work" or "discontinuance of a function" is more appropriate in a given instance, it is important that these situations not be found to exist simply because there has been a contracting out of work. Though an instance of contracting out may involve the laying off of an entire division, this does not necessarily mean that the employer is no longer engaged in that line of business. It may simply mean that there has been a

der à l'impartition des tâches dont ils s'acquittaient. L'entreprise a réorganisé la façon de fournir les services informatiques, mais elle n'a pas supprimé la fonction comme telle. La question du licenciement du personnel comptable est un peu plus complexe, mais j'estime que la cause en est le manque de travail. Il y a lieu de noter que la fonction production de comptes se poursuit, mais d'une façon grandement modifiée. Il est toutefois possible de conclure que la fonction comptabilité est exécutée de façon si radicalement différente qu'elle a été supprimée. Cette situation s'apparente à celle de l'arrêt *Mudarth*, précité. Dans cette affaire, un poste de secrétariat avait été éliminé et le travail qui était accompli par la secrétaire avait été assumé par d'autres employés. Même si l'on a supposé qu'il s'agissait de la suppression d'une fonction, j'estime que cette affaire s'explique peut-être mieux par un manque de travail étant donné que toutes les tâches dont s'acquittait auparavant la secrétaire étaient toujours accomplies.

Je n'entends pas définir de façon concluante tous les scénarios ou toutes les situations susceptibles de se produire. De plus, même si les expressions «manque de travail» et «suppression d'une fonction» peuvent théoriquement conserver des sens distincts, elles ne constituent pas des catégories étanches, et une certaine fluidité peut fort bien exister entre elles. Il est sans aucun doute des réorganisations d'entreprise qui peuvent participer de plus d'une catégorie. De toute évidence, l'application pratique des ces expressions à des problèmes commerciaux particuliers peut à l'occasion être très complexe. En revanche, en mettant l'accent sur une perspective plus vaste, il est possible de réduire bon nombre des problèmes de qualification.

Que ce soit l'étiquette «manque de travail» ou «suppression d'une fonction» qui convienne le mieux à une affaire donnée, il importe de ne pas conclure à l'existence d'une de ces situations du seul fait qu'il y a eu impartition. Même si un cas d'impartition peut entraîner le licenciement du personnel de toute une division, cela ne signifie pas nécessairement que l'employeur n'est plus engagé dans ce domaine. Cela peut tout simplement indi-

reorganization. The focus must continue to be on the function, and this focus must be a broad one that captures not simply the individual employee-employer relationship, but the larger context in which that individual contract is situated.

It should be emphasised once more that this interpretation does not restrict the ability of the employer to organize its economic affairs. The employer, in the absence of a collective agreement provision to the contrary, is left with all the usual economic options: to cut back, close down or contract out. The employer has the right to decide whether there is sufficient work for the employees, whether or not to continue providing a given service, and the manner in which the service will be provided. Section 26(1) of the *Civil Service Act* does not alter the options available to the employer. It simply provides a set of rules that apply in the event that a termination is necessitated because of the lack of work or discontinuance of function.

3. Application

Is the contracting out in this situation a “discontinuance of a function”? At discovery, William O'Connor, the Deputy Solicitor General of New Brunswick, was asked some questions concerning *Gallagher v. New Brunswick (Board of Management)* (1990), 105 N.B.R. (2d) 181 (Q.B.), a decision rendered by Stevenson J. dated February 28, 1990. The Office of the Deputy Solicitor General was respondent in this application for judicial review which arose following the laying off of officers from the New Brunswick Highway Patrol. The following interchange is revealing:

Q. On page [187] of that decision Mr. Justice Stevenson stated: “Apart from pertinent facts I have already set out, the parties agreed that as of February 1st 1989 the work or function previously performed by members of the Highway Patrol was performed by members of the Royal Canadian Mounted Police.”

quer qu'il y a eu réorganisation. L'examen doit toujours continuer de porter sur la fonction et être suffisamment vaste pour viser non seulement la relation particulière employé-employeur, mais aussi le contexte plus large qui encadre le contrat de travail individuel.

Il y a lieu de souligner, encore une fois, que la présente interprétation ne limite pas le pouvoir de l'employeur de procéder à l'organisation de ses affaires économiques. En l'absence de toute disposition contraire dans une convention collective, l'employeur a le choix des options économiques habituelles: réduction, fermeture ou impartition. L'employeur a le droit de décider s'il y a suffisamment de travail pour les employés, de déterminer s'il est opportun de continuer à offrir un service donné et d'établir la façon de le fournir. Le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique* ne modifie pas les choix qui s'offrent à l'employeur. Il prévoit seulement un ensemble de règles qui s'appliquent lorsqu'il y a nécessité de procéder à une cessation d'emploi par suite d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction.

3. Application

L'impartition en l'espèce constitue-t-elle la «suppression d'une fonction»? Au cours de l'interrogatoire préalable, William O'Connor, solliciteur général adjoint du Nouveau-Brunswick, a été appelé à répondre à certaines questions au sujet de *Gallagher c. Nouveau-Brunswick (Conseil de gestion)* (1990), 105 R.N.-B. (2^e) 181 (B.R.), décision rendue par le juge Stevenson le 28 février 1990. Le bureau du solliciteur général adjoint était l'intimé dans cette demande de contrôle judiciaire engagée par suite du licenciement d'agents de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick. L'échange suivant est révélateur:

[TRADUCTION] Q. À la page [187] de cette décision, le juge Stevenson a déclaré: «En plus des faits pertinents énoncés plus haut, les parties ont reconnu qu'à compter du 1^{er} février 1989, le travail ou les fonctions dont s'étaient jusqu'alors acquittés les membres de la Patrouille routière avaient été confiés aux membres de la Gendarmerie royale du Canada.»

Q. And has Mr. Justice Stevenson accurately reflected the agreement of the parties in that decision?

A. Yes.

Q. It states at the beginning of the last paragraph, "The evidence was that the New Brunswick Highway Patrol was set up in 1980. The New Brunswick Highway Patrol's primary function was to handle law enforcement relating to motor vehicles, on the highways of the province."

And I take it that the Department would agree with that assessment, based on what you have said earlier today?

A. Yes. Yes.

Q. And that that function is now being performed by the R.C.M.P.?

A. Yes.

The "function" in this case was law enforcement on the highways. The province made a decision to contract this function out to the RCMP. It did not make a decision to discontinue the function. On the contrary, it is clear from Mr. O'Connor's comments that the government fully understood that the function of policing the highways was to continue. In fact, it was imperative that this function continue to be performed.

My colleague, in finding a discontinuance of function, emphasizes that the RCMP would have control over the manner in which the activities of patrolling the highways were carried out. In my view, such control is not determinative. Two employees, each engaged in the same function, may in fact carry out their activities in quite different ways. While the manner in which an employee carries out his or her responsibilities is not irrelevant, it does not necessarily change the function in which the employee is involved. Decisions regarding hiring, firing, and promotion do not significantly alter the nature of the work. Similarly, decisions regarding the time specific highways are patrolled, or the location of speed traps, do not affect the essential nature of the function. Despite having administrative control, the RCMP did not have the power to alter the function itself. On the

Q. Les propos du juge Stevenson reflètent-ils fidèlement l'accord des parties dans cette décision?

R. Oui.

Q. On peut y lire, au début du dernier paragraphe: «La preuve montre que la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick a été instituée en 1980. La Patrouille routière du Nouveau-Brunswick avait pour première fonction de faire appliquer les lois se rapportant aux véhicules automobiles sur les routes de la province.»

Et je suppose que le ministère serait d'accord avec cette proposition, à partir de ce que vous avez affirmé plus tôt aujourd'hui?

R. Oui. Oui.

Q. Et que cette fonction est maintenant exercée par la GRC?

R. Oui.

En l'espèce, la «fonction» était l'application du code de la route. La province a pris la décision de confier cette fonction à la GRC. Elle n'a pas pris la décision de la supprimer. Au contraire, il ressort clairement des commentaires de M. O'Connor que la province entendait absolument que se poursuive la fonction de surveillance des routes. En fait, il s'imposait impérieusement que cette fonction se poursuive.

Pour appuyer sa conclusion qu'il y a eu suppression d'une fonction, mon collègue souligne que la GRC aurait un contrôle sur la façon d'exercer les activités de patrouille des routes. À mon avis, un tel contrôle n'est pas un élément déterminant. Deux employés chargés respectivement de la même fonction, peuvent en fait s'acquitter de leurs tâches de façons très différentes. Si la façon de s'acquitter de ses responsabilités n'est pas sans pertinence, elle ne change pas nécessairement la fonction assumée par l'employé. Les décisions relatives à l'embauche, au licenciement et à l'avancement ne modifient pas de façon significative la nature du travail. De même, les décisions relatives aux heures précises de patrouille routière ou à l'emplacement de pièges pour contrôle de vitesse n'influent pas sur la nature fondamentale de la fonction. Même si elle avait le contrôle administra-

contrary, they were bound under their contract agreement to fulfil a specific function: the provision of Highway Traffic Law Enforcement Services.

My colleague also states that, after February 1, 1990, the function of patrolling the highways would be done in RCMP vehicles and using RCMP equipment. This is accurate only because the equipment and premises belonging to the New Brunswick Highway Patrol became the property of the RCMP. According to paragraph 5 of the Agreement between the province and Canada, the province agreed:

(a) to transfer to the RCMP, at no cost to Canada, equipment valued at approximately \$2.2 million, and the former New Brunswick Highway Patrol Doaktown Detachment building valued at approximately \$0.3 million.

(b) to be fully responsible for start up costs, consisting up to \$2 million for personnel transfers and related costs, and 0.3 million for the acquisition of additional equipment.

In *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, Cory J. commented at p. 974:

... in the present case the so-called contracted employees engaged in exactly the same work, on the same premises, with the same equipment, and carried out the very same instructions as had the indeterminate employees prior to the contracting out. The only change was that the new employer was now the contractor rather than the Public Service. This, in my opinion, cannot constitute a discontinuance of function.

There may be specific instances where both a contracting out and a discontinuance of function simultaneously exist, but this is not such a case. In fact, this case appears to be on all fours with the situation in *Public Service Alliance of Canada, supra*. The RCMP are engaged in the same work, on the same premises, and with the same equipment. I agree with Hoyt J.A., at p. 245:

tif, la GRC n'avait pas le pouvoir de modifier la fonction elle-même. Au contraire, ses agents étaient tenus aux termes de leur entente de principe d'exécuter une fonction précise: la prestation de services de patrouille routière.

Mon collègue affirme aussi qu'après le 1^{er} février 1990, la fonction de patrouille routière était effectuée dans des véhicules de la GRC, avec du matériel de la GRC. Cette affirmation n'est exacte que parce que la propriété du matériel et des locaux, qui appartenaient à la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick, est passée à la GRC. Aux termes du paragraphe 5 de l'accord entre la province et le Canada, la province a accepté:

(a) de remettre à la GRC, sans qu'il n'en coûte rien au Canada, du matériel évalué à environ 2,2 millions de dollars et l'ancien immeuble du détachement de Doaktown de la Patrouille Routière du Nouveau-Brunswick, évalué à environ 0,3 million de dollars;

(b) d'assumer l'entière responsabilité des frais de mise en marche, soit 2 millions de dollars au chapitre des mutations de personnel et des coûts connexes et 0,3 million de dollars pour l'acquisition de matériel additionnel.

Dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, le juge Cory faisait le commentaire suivant, à la p. 974:

... dans la présente affaire, les employés dits contractuels faisaient exactement le même travail, dans les mêmes locaux, avec le même matériel et exécutaient les mêmes instructions que l'avaient fait antérieurement à l'impartition les employés nommés pour une période indéterminée, à cette seule différence près que le nouvel employeur était l'entrepreneur plutôt que la fonction publique. Voilà qui, selon moi, ne peut constituer la suppression d'une fonction.

Il peut y avoir des circonstances spéciales où coexistent une impartition et la suppression d'une fonction, mais tel n'est pas le cas en l'espèce. En fait, la situation ici semble correspondre en tous points à la situation de l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité. La GRC assume le même travail, dans les mêmes locaux, et utilise le même matériel. Je suis d'accord avec le juge Hoyt de la Cour d'appel, à la p. 245:

As the function formerly performed by Messrs. Flieger and McNutt is now being performed by the R.C.M.P., their former function has not been discontinued. It is merely being performed by others on a different basis. If, for example, highways were no longer being patrolled, perhaps there would have been a discontinuance of a function. That, of course, is not the case.

In my view, the contracting out of the policing of the highways was not a "discontinuance of a function" within the meaning of s. 26(1) of the *Civil Service Act*. Having reached this conclusion, I am of the view that s. 26(1) of the Act and s. 9 of the regulations have no application in this case. The termination of these employees was governed by the ordinary rules of contract as imported under s. 20. Consequently, the appellants were entitled to reasonable notice of termination.

However, even were I to have found that the function had been discontinued, I would not find, as did my colleague, that the *Civil Service Act* establishes a maximum 30 days notice period. It is to this last issue that I now turn.

4. The Notice Requirement

My colleague suggests that s. 26(1) of the Act and s. 9 of the regulations expressly provide for the summary termination of an employee upon 30 days notice, and that the employee is thereafter entitled to no further compensation. Under this approach, there is no distinction to be drawn between an employee of 6 months and an employee of 25 years. Both would receive only the same 30 days notice. This is, to say the least, a surprising and rather draconian result. In choosing an admittedly harsh and inequitable interpretation, my colleague emphasises that employees of the Crown were at one point employed at pleasure, and were thus not entitled to any notice at all. This may be true, but, in my view, misses the point. Employees of the Crown in New Brunswick are not employed at pleasure. Pursuant to s. 20 of the *Civil Service Act*, they have been accorded the protections avail-

[TRADUCTION] Comme la fonction antérieurement exercée par MM. Flieger et McNutt l'est aujourd'hui par la GRC, il n'y a donc pas eu suppression [de leur ancienne fonction. Elle est tout simplement accomplie par d'autres sur une base différente.] Si la surveillance policière sur les routes avait cessé par exemple, peut-être y aurait-il eu suppression d'une fonction. Mais ce n'est évidemment pas le cas en l'espèce.

À mon avis, l'impartition de la surveillance policière des routes n'est pas la «suppression d'une fonction» au sens du par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique*. Compte tenu de cette conclusion, j'estime que ce paragraphe et l'art. 9 du règlement ne s'appliquent pas à l'espèce. Le licenciement de ces employés était régi par les règles contractuelles ordinaires telles qu'elles sont incorporées par l'art. 20. Par conséquent, les appelants avaient droit à un préavis raisonnable de licenciement.

Cependant, même si j'avais conclu à la suppression de cette fonction, je n'en serais pas venue à la conclusion, comme l'a fait mon collègue, que la *Loi sur la Fonction publique* établit un délai maximal de 30 jours pour le préavis. C'est cette dernière question que j'aborde maintenant.

4. Le préavis requis

Selon mon collègue, le par. 26(1) de la Loi et l'art. 9 du règlement prévoient expressément le licenciement sommaire d'un employé à la suite d'un préavis de 30 jours, et l'employé n'a par la suite droit à aucune autre indemnité. Selon ce point de vue, il n'y a aucune distinction à établir entre l'employé qui n'a que six mois d'expérience et celui qui a 25 ans d'ancienneté. Ils ne recevraient l'un et l'autre que le même préavis de 30 jours. Le moins que l'on puisse dire, c'est que ce résultat est surprenant et plutôt draconien. Dans le choix qu'il a fait d'une interprétation qu'il reconnaît comme sévère et inequitable, mon collègue souligne que les employés de la Couronne étaient, à une certaine époque, engagés à titre amovible, et qu'ils n'avaient donc droit à aucun préavis. Si vraie qu'elle puisse être, j'estime que cette affirmation passe à côté de la question. Les employés de la Couronne au Nouveau-Brunswick ne sont pas engagés à titre amovible. En vertu de l'art. 20 de la

able to other employees under the ordinary rules of contract.

Because these ordinary rules are, of course, subject to the other provisions of the Act, the question is essentially whether the regulations have ousted this protection. I return to the wording of the regulation:

9(1) When the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head shall

(b) if the employee cannot be retained in another appropriate position in the department, give the employee and the Secretary of the Board, thirty days notice that the services of the employee are no longer required. [Emphasis added.]

In my opinion, the wording of the section, though mandatory for the Secretary of the Board, does not lead inexorably to the conclusion that the required 30 days notice is a maximum. The section does not say "shall give no more than 30 days notice". On the other hand, neither does it say "shall give at least 30 days notice". The wording of the section has an element of ambiguity. However, if the intent of the regulation was to deprive employees of their otherwise normal entitlement to reasonable notice under s. 20 of the *Civil Service Act*, the regulation should have been drafted to say so clearly and unambiguously.

Furthermore, there is little logic in an approach which limits the notice period to 30 days for employees laid off in some circumstances, while employees laid off for other reasons enjoy the benefit of the common law. I can see no fairness in such treatment, and absolutely no reason for interpreting s. 26(1) in such a fashion. In the absence of a clear legislative directive to do so, it would be inappropriate to adopt an interpretation which nullifies the benefits that are extended under s. 20.

It was suggested that the above interpretation would render s. 9 of the regulations meaningless. I do not agree. In my view, this section lends itself

Loi sur la Fonction publique, ils jouissent des garanties qu'offrent aux autres employés les règles contractuelles ordinaires.

Puisque ces règles ordinaires sont, bien sûr, assujetties aux autres dispositions de la Loi, il s'agit essentiellement de déterminer si le règlement a éliminé cette protection. Je reprends la teneur de la disposition réglementaire:

9(1) Lorsque le manque de travail ou la suppression d'une fonction rend les services d'un employé inutiles, l'administrateur général doit,

b) s'il ne peut garder l'employé dans son ministère dans un autre poste idoine, lui donner ainsi qu'au secrétaire du Conseil un préavis de trente jours les avisant que les services de l'employé ne sont plus nécessaires. [Je souligne.]

À mon avis, la formulation de cette disposition, bien qu'impérieuse pour le secrétaire du Conseil, n'entraîne pas inexorablement la conclusion que le préavis de 30 jours est un maximum. L'article ne dit pas «doit lui donner un préavis n'excédant pas 30 jours». En revanche, il ne dit pas non plus «doit lui donner un préavis d'au moins 30 jours». La formulation de l'article comporte un élément d'ambiguïté. Si, toutefois, le règlement avait pour but de priver les employés de leur droit par ailleurs normal à un préavis raisonnable en vertu de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, le règlement se devait d'être rédigé de façon à l'exprimer clairement et sans ambiguïté.

En outre, il paraît peu logique de limiter le préavis de 30 jours aux employés licenciés dans certaines circonstances tandis que des employés licenciés pour d'autres motifs bénéficient de la protection de la common law. Je ne vois aucune justice dans ce traitement ni absolument aucune raison d'interpréter le par. 26(1) de cette façon. En l'absence de directive législative claire en ce sens, il serait inopportun d'adopter une interprétation qui annule les avantages offerts par l'art. 20.

On a fait valoir que l'interprétation susmentionnée aurait pour effet d'enlever tout sens à l'art. 9 du règlement. Je ne suis pas d'accord. À mon avis,

to an interpretation which extends rather than limits the protection that would normally be available to an employee. Recall that under the ordinary rules of contract, an employer has two options: to give reasonable notice prior to termination, or to terminate without notice and to pay the employee an amount in lieu of that notice period. This notice or payment "option" is also present under the New Brunswick *Employment Standards Act*. Section 30(1) of that Act states that an employer cannot lay off or terminate an employee without giving written notice. Section 34(1) modifies this rule, by stating that the employer in fact can terminate the relationship without notice upon making a payment of an amount equal to the pay the employee would have earned during the appropriate notice period.

The regulations under the *Civil Service Act* do not expressly provide for this notice or payment option. In my opinion, without depriving the employee of the right to be compensated, the regulation makes it mandatory that some actual notice is given. Under s. 9(1)(b), the employer is required to give 30 days notice of termination. The regulation does not say that the employee who receives such notice is disentitled to compensation upon termination. It simply states that the employee must actually receive 30 days notice prior to the termination of the job. There is no language indicating that, following termination, the ordinary rules governing compensation should not apply. Under this interpretation, employees terminated pursuant to s. 26(1) are entitled to receive the benefit of an actual notice period of 30 days. They are not, however, disentitled from the normal remedies to which they are entitled under the ordinary law of contract.

This interpretation, rather than limiting the rights of employees under s. 26(1), extends an additional benefit. This interpretation is far more consistent with the legislation as a whole, which expressly extends rather than cutting back on the protections of the ordinary law of contract. As I

cet article se prête à une interprétation qui étend plutôt que ne limite la protection que peut normalement invoquer un employé. Il y a lieu de se rappeler qu'en vertu des règles contractuelles ordinaires l'employeur a deux options: donner un préavis raisonnable de cessation, ou procéder à la cessation sans préavis et verser à l'employé un montant correspondant au délai du préavis. Cette «option» entre le préavis et le paiement est aussi prévue dans la *Loi sur les normes d'emploi* du Nouveau-Brunswick. Le paragraphe 30(1) de cette loi prévoit qu'un employeur ne peut licencier ou mettre à pied un employé sans lui avoir donné un avis écrit. Le paragraphe 34(1) modifie cette règle, en prévoyant que l'employeur peut en fait mettre fin à la relation sans préavis en versant une somme égale au salaire que l'employé aurait gagné pendant le délai de l'avis prévu.

Le règlement d'application de la *Loi sur la Fonction publique* ne prévoit pas expressément cette option entre le préavis ou le paiement. Selon moi, tout en ne privant pas l'employé du droit d'obtenir une indemnité, le règlement rend obligatoire une forme de notification. En vertu de l'al. 9(1)(b), l'employeur est tenu de donner un préavis de 30 jours avant la cessation d'emploi. Le règlement ne dit pas que l'employé qui reçoit ce préavis n'a pas droit à une indemnité au moment de la cessation. Il énonce simplement que l'employé doit effectivement recevoir le préavis de 30 jours avant la cessation de son emploi. Il n'existe aucune formulation indiquant que, par suite de la cessation, les règles ordinaires qui régissent les indemnités ne doivent pas s'appliquer. Selon cette interprétation, les employés licenciés en vertu du par. 26(1) ont le droit de profiter de l'avantage d'une période effective de préavis de 30 jours. Ils ne sont toutefois pas privés des recours normaux qui leur sont ordinairement reconnus par le droit des contrats.

Loin de limiter les droits des employés en vertu du par. 26(1), cette interprétation leur confère un avantage additionnel. Elle s'accorde beaucoup mieux avec la législation dans son ensemble, qui étend expressément plutôt que de réduire les protections ordinairement reconnues en droit des con-

noted above, s. 26(3) and (4) of the Act and s. 9(1)(a) of the regulations provide additional remedies not normally available under the ordinary law of contract. In this context, it seems odd to adopt a regressive interpretation of s. 9(1)(b).^a This is particularly so as the additional protections of s. 26(1) are extended only where there is lack of work or the discontinuance of a function. These are situations that most often arise in circumstances of economic turmoil, where it can be easily inferred that the employee will encounter more difficulty in finding alternative employment.^b

I find additional support for this approach by noting that under s. 30(1)(a) of the *Employment Standards Act*, the statutorily mandated minimum notice period for those employed for less than five years is only two weeks. In spite of this, s. 9(1)(b) of the regulations mandates 30 days notice for all employees, including those who have been employed for only a short period of time. If the intention of s. 9(1)(b) was to reduce benefits, it would be unusual to reduce them only for long term employees while at the same time extending the protection available to short term employees.^d This insight further suggests that s. 9(1)(b) is not meant to limit benefits, but is rather intended to extend them.^e

Finally, it is important that the interpretative process be viewed within the context of employment reality. Case law eloquently illustrates that the ordinary rules of contract have rarely derogated from the rights of employers to organize their affairs as they see fit. Employees have historically had very little in the way of job security or protection, and have had to organize their personal and economic affairs subject to the vagaries of employment markets. Over the years, the concept of reasonable notice has developed to remedy the general harshness of the contract regime on employees who are, to a great extent, left subject to the full force of the winds of economic change. While the doctrine of reasonable notice does not provide a great deal of protection, it is often all that is availa-

trats. Comme je l'ai souligné plus haut, les par. 26(3) et (4) de la Loi, de même que l'al. 9(1)(a) du règlement prévoient des recours supplémentaires qui n'existent pas ordinairement en vertu du droit des contrats. Dans ce contexte, il semble étrange d'adopter une interprétation régressive de l'al. 9(1)(b), plus particulièrement si l'on considère que les protections supplémentaires prévues au par. 26(1) ne s'appliquent que lorsqu'il y a un manque de travail ou suppression d'une fonction. Ce sont là des situations qui se produisent le plus souvent dans des circonstances de bouleversements économiques, où l'on peut facilement déduire que l'employé éprouvera plus de difficultés à trouver un autre emploi.^c

Je trouve un appui additionnel dans l'al. 30(1)(a) de la *Loi sur les normes d'emploi*, où le délai minimum de préavis prévu pour les personnes ayant une expérience de moins de cinq ans n'est que de deux semaines. Malgré cela, l'al. 9(1)(b) du règlement rend obligatoire le préavis de 30 jours pour tous les employés, y compris ceux qui n'ont travaillé que peu de temps. Si le but visé par l'al. 9(1)(b) était de réduire les avantages, il serait assez inhabituel de ne les réduire que pour les employés de longue date et d'élargir par ailleurs la protection offerte aux employés récents. Cet aperçu donne à penser, en outre, que l'al. 9(1)(b) ne vise pas à limiter les avantages, mais plutôt à les étendre.^f

Enfin, il est important de situer le processus d'interprétation dans le contexte de la réalité du monde du travail. La jurisprudence illustre de façon éloquent le fait que les règles contractuelles ordinaires ont rarement dérogé aux droits des employeurs d'organiser leurs affaires comme bon leur semble. Traditionnellement, les employés ont joui de très peu de droits en matière de sécurité ou de garantie d'emploi et ont dû organiser leurs affaires personnelles et financières en tenant compte des caprices des marchés de l'emploi. Avec les années, on a élaboré la notion de préavis raisonnable afin de tempérer la dureté générale du régime contractuel pour les employés qui sont, dans une large mesure, exposés à toute la force des vents du changement économique. Même si elle ne

ble to those who do not have the economic power or voice to collectively bargain for greater protection.

The interpretation proposed by my colleague would substantially whittle down this already minimal protection. Such a harsh interpretation should only be adopted in the presence of clear and unequivocal statutory language. In this case, however, the wording of the section is ambiguous, and other interpretations can as readily be sustained given, in particular, the statutory context and the history of the legislation as well as the common law remedies which now apply to the Crown. It would thus be inappropriate, in my view, to interpret s. 26(1) of the *Civil Service Act* and s. 9(1)(b) of the regulations in a manner that places the entire economic burden of restructuring squarely on the shoulders of those who have the least power to adapt or to protect themselves, when an alternative interpretation is available and does not do violence to the letter or spirit of the legislation.

5. Conclusion

In conclusion, I am of the view that Mr. Flieger and Mr. McNutt were not laid off because of the discontinuance of a function under s. 26(1) of the *Civil Service Act*. Accordingly, they are entitled to be compensated under the ordinary rules of contract for an amount reflecting a reasonable notice period. Further, even were I to have found that there had been a discontinuance, I am of the view that s. 9(1)(b) of the regulations does not provide for summary termination without compensation. Rather, this section requires only that employees being laid off pursuant to s. 26(1) of the *Civil Service Act* receive at least 30 days actual notice of the impending termination. Though this 30 days notice was given in this case, the notice does not deprive employees of their right to compensation upon termination.

confère pas une grande protection, la doctrine du préavis raisonnable constitue souvent le seul moyen à la disposition de ceux qui n'ont ni la force économique ni le pouvoir de se faire entendre pour négocier collectivement une protection plus poussée.

L'interprétation proposée par mon collègue réduirait sensiblement cette protection déjà minimale. Une interprétation aussi sévère ne devrait être adoptée que lorsqu'il existe une disposition législative claire et non équivoque. En l'espèce, toutefois, la formulation de l'article est ambiguë, et d'autres interprétations peuvent tout aussi bien s'imposer, compte tenu tout particulièrement du contexte législatif et de l'historique de la loi, de même que des recours de common law qui s'appliquent maintenant à la Couronne. J'estime donc qu'il serait inopportun d'interpréter le par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique* et l'al. 9(1)(b) de son règlement d'application d'une manière qui fasse reposer tout le fardeau économique de la restructuration directement sur les épaules de ceux qui ont le moins de pouvoir de s'adapter ou de se protéger, lorsqu'une autre interprétation pourrait se justifier sans faire violence à l'esprit ou à la lettre de la loi.

5. Conclusion

En conclusion, j'estime que MM. Flieger et McNutt n'ont pas été licenciés par suite de la suppression d'une fonction au sens du par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique*. Ils ont, par conséquent, le droit d'être dédommagés en vertu des règles contractuelles ordinaires par le versement d'un montant correspondant à un délai de préavis raisonnable. Si, par ailleurs, j'avais conclu qu'il y a eu suppression d'une fonction, j'estime que l'al. 9(1)(b) du règlement ne prévoit pas une cessation sommaire sans indemnisation. Au contraire, cette disposition exige uniquement que les employés qui sont licenciés en vertu du par. 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique* reçoivent au moins un préavis de 30 jours avant la cessation prévue. Même si ce préavis de 30 jours a été donné en l'espèce, il ne prive pas les employés de leur droit à une indemnité de départ.

I would allow the appeal with costs and recommend that the matter be referred back to the trial judge for a determination as to reasonable notice, and the appropriate compensation in the circumstances.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Petrie Richmond Goss, Fredericton.

Solicitor for the respondent: The Office of the Attorney General, Fredericton.

Je serais d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de recommander de renvoyer le dossier au juge de première instance pour qu'il détermine quel préavis raisonnable aurait dû être donné et quelle indemnité s'impose dans les circonstances.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs des appelants: Petrie Richmond Goss, Fredericton.

Procureur de l'intimée: Le Bureau du Procureur général, Fredericton.



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 5, 1993 Vol. 2

5^e cahier, 1993 Vol. 2

Cited as [1993] 2 S.C.R. 689-860

Renvoi [1993] 2 R.C.S. 689-860

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Canada (Attorney General) v. Ward..... 689

Immigration — Refugee status — "Particular social group" — Political opinion — "Well-founded fear of persecution" necessary to establishment of claim to Convention refugee status — Claimant a former member of Irish terrorist organization sentenced to death by organization for complicity in assisting escape of hostages — Claimant citizen of Ireland and of United Kingdom — Whether state complicity requirement for persecution — Whether terrorist organization a "particular social group" — Whether dissention from politico-military organization basis for persecution for political opinion — Whether s. 15 of Charter applicable to definition of Convention refugee — Burden of proof of want of protection of each country of nationality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 2(1), 4(2.1), 19(1)(c), (d), (e), (f), (g), (2), 46.04(1)(c).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) c. Ward..... 689

Immigration — Statut de réfugié — «Groupe social» — Opinions politiques — La crainte justifiée d'être persécuté est nécessaire pour établir la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — Le demandeur du statut de réfugié est un ancien membre d'une organisation terroriste irlandaise qui a été condamné à mort par l'organisation pour avoir aidé des otages à s'enfuir — Le demandeur est un citoyen d'Irlande et du Royaume-Uni — La complicité de l'État est-elle nécessaire pour qu'il y ait persécution? — L'organisation terroriste est-elle un «groupe social»? — Le fait d'être en dissentiment avec une organisation politico-militaire constitue-t-il un motif de persécution en raison d'opinions politiques? — L'article 15 de la Charte s'applique-t-il à la définition de réfugié au sens de la Convention? — Fardeau d'établir l'absence de protection de la part de chaque pays dont le demandeur a la nationalité —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)..... 756

Workers' compensation — Income replacement indemnity — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Interpretation of s. 60 of the Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases — Evocation — Standard of review applicable to Commission's decisions — Whether Commission's interpretation patently unreasonable — Whether in the absence of a patently unreasonable error conflicting decisions by two administrative tribunals may give rise to judicial review — Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 60.

Judicial review — Standard of review — Appellate administrative tribunal — Workers' compensation — Standard of review applicable to decisions of Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.

Judicial review — Basis for judicial intervention — Conflicting decisions by two administrative tribunals — Whether jurisprudential conflict constitutes an independent basis for judicial review.

R. v. Maccooh..... 802

Criminal law — Police — Powers of arrest — Provincial offences — Peace officer entering private home without a warrant to arrest accused for a provincial offence — Common law traditionally recognizing hot pursuit exception to principle of sanctity of home — Whether exception should be extended to arrests for provincial offences — Whether entry by peace officer lawful.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Arbitrary detention — Peace officer entering private home without a warrant to arrest accused for a provincial offence — Accused's rights under ss. 7 and 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms not infringed.

R. v. V. (K.B.)..... 857

Criminal law — Sexual assault — Accused grabbing three-year-old son in genital area to discipline him — Absence of evidence of sexual gratification — Accused convicted of sexual assault — Whether assault was a sexual assault.

Saint-Basile, Village Sud (Corporation municipale de) v. Ciment Québec Inc..... 823

Municipal law — Real estate assessment — Immoveables not entered on assessment roll — Interpretation of s. 65(1) of the Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1.

SOMMAIRE (Fin)

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 2(1), 4(2.1), 19(1)c), d), e), f), g), (2), 46.04(1)c).

Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)..... 756

Accidents du travail — Indemnité de remplacement du revenu — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Interprétation de l'art. 60 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — Évocation — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission — L'interprétation de la Commission est-elle manifestement déraisonnable? — En l'absence d'une erreur manifestement déraisonnable, un conflit jurisprudentiel entre deux instances administratives peut-il donner ouverture au contrôle judiciaire? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 60.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal administratif d'appel — Accidents du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.

Contrôle judiciaire — Motif d'intervention judiciaire — Conflit jurisprudentiel entre deux instances administratives — Un conflit jurisprudentiel constitue-t-il un motif autonome de contrôle judiciaire?

R. c. Maccooh..... 802

Droit criminel — Police — Pouvoirs d'arrestation — Infractions provinciales — Entrée sans mandat d'un agent de la paix dans une maison privée pour arrêter une personne accusée d'une infraction provinciale — La common law reconnaît traditionnellement l'exception de la prise en chasse au principe de l'inviolabilité du foyer — L'exception doit-elle être étendue aux arrestations pour infractions provinciales? — L'entrée de l'agent de la paix était-elle légale?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détention arbitraire — Entrée sans mandat d'un agent de la paix dans une maison privée pour arrêter une personne accusée d'une infraction provinciale — Il n'y a pas eu atteinte aux droits de l'accusé en vertu des art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. c. V. (K.B.)..... 857

Droit criminel — Agression sexuelle — L'accusé a empoigné les parties génitales de son fils de trois ans afin de le punir — Absence de preuve de plaisir sexuel — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — L'agression était-elle une agression sexuelle?

Saint-Basile, Village Sud (Corporation municipale de) c. Ciment Québec Inc..... 823

Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles non portés au rôle d'évaluation — Interprétation de l'art. 65(1) de la Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1.

Patrick Francis Ward *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

**The United Nations High Commissioner for
Refugees, the Immigration and Refugee
Board and the Canadian Council for
Refugees** *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. WARD

File No.: 21937.

1992: March 25; 1993: June 30.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Refugee status — “Particular social group” — Political opinion — “Well-founded fear of persecution” necessary to establishment of claim to Convention refugee status — Claimant a former member of Irish terrorist organization sentenced to death by organization for complicity in assisting escape of hostages — Claimant citizen of Ireland and of United Kingdom — Whether state complicity requirement for persecution — Whether terrorist organization a “particular social group” — Whether dissention from politico-military organization basis for persecution for political opinion — Whether s. 15 of Charter applicable to definition of Convention refugee — Burden of proof of want of protection of each country of nationality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 2(1), 4(2.1), 19(1)(c), (d), (e), (f), (g), (2), 46.04(1)(c).

Appellant was a resident of Northern Ireland. Motivated by a perceived need to “take a stand” in order to

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Patrick Francis Ward *Appellant*

c.

^a **Le procureur général du Canada** *Intimé*

et

^b **Le Haut commissariat des Nations Unies
pour les réfugiés, la Commission de
l'immigration et du statut de réfugié et le
Conseil canadien pour les
réfugiés** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. WARD

^d N° du greffe: 21937.

1992: 25 mars; 1993: 30 juin.

^e Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Stevenson* et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Statut de réfugié — «Groupe social» — Opinions politiques — La crainte justifiée d'être persécuté est nécessaire pour établir la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — Le demandeur du statut de réfugié est un ancien membre d'une organisation terroriste irlandaise qui a été condamné à mort par l'organisation pour avoir aidé des otages à s'enfuir — Le demandeur est un citoyen d'Irlande et du Royaume-Uni — La complicité de l'État est-elle nécessaire pour qu'il y ait persécution? — L'organisation terroriste est-elle un «groupe social»? — Le fait d'être en dissentiment avec une organisation politico-militaire constitue-t-il un motif de persécution en raison d'opinions politiques? — L'article 15 de la Charte s'applique-t-il à la définition de réfugié au sens de la Convention? — Fardeau d'établir l'absence de protection de la part de chaque pays dont le demandeur a la nationalité — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 2(1), 4(2.1), 19(1)(c), d), e), f), g), (2), 46.04(1)(c).

L'appellant résidait en Irlande du Nord. Motivé par le besoin qu'il ressentait de «prendre position» afin de pro-

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

protect his family, mainly from the IRA, he voluntarily joined the INLA, a para-military terrorist group dedicated to the political union of Ulster and the Irish Republic. Appellant, who had been detailed to guard innocent hostages, secured their escape when he learned that they were to be executed. This action was motivated by his conscience.

The police eventually let slip to an INLA member that one of their own had assisted the escape. The INLA, who had suspected appellant, confined and tortured him and sentenced him to death following a court-martial by a kangaroo court. Appellant escaped from the INLA, sought police protection and was charged for his part in the hostage incident. The INLA, in a pre-emptive move to prevent appellant's providing evidence to the police about INLA members and their activities, took his wife and children hostage.

Appellant pleaded guilty to the offence of forcible confinement and was sentenced to three years in jail. He did not give evidence against the INLA and never admitted publicly to having released the hostages. Towards the end of his prison sentence, appellant sought the assistance of the prison chaplain for protection from INLA members. The chaplain, with the assistance of police, obtained a Republic of Ireland passport for appellant and airline tickets to Canada.

Appellant arrived in Toronto in December 1985 and sought admission to Canada as a visitor. He became the subject of an inquiry in May, 1986, and claimed Convention refugee status citing a fear of persecution because of his membership in a particular social group (the INLA). The Minister of Employment and Immigration determined that appellant was not a Convention refugee and, as a result, appellant filed an application for redetermination of his claim before the Immigration Appeal Board. The Board allowed the redetermination and found appellant to be a Convention refugee. The Federal Court of Appeal granted the Attorney General of Canada's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to set aside the decision and referred the matter back to the Board for reconsideration.

At issue before this Court were: (1) whether the element of state complicity is required to establish a refugee claim and the nature of the "unwillingness" or

téger sa famille, surtout contre l'IRA, il a volontairement adhéré à l'INLA, un groupe terroriste paramilitaire voué à l'union politique de l'Ulster et de la République d'Irlande. L'appelant, qui était chargé de garder des otages innocents, leur a permis de s'évader lorsqu'il a appris qu'ils devaient être exécutés. Il a agi ainsi pour des motifs de conscience.

La police a fini par laisser savoir à un membre de l'INLA qu'un des leurs avait aidé les otages à s'enfuir. L'INLA, qui soupçonnait l'appelant, l'a détenu et torturé, pour ensuite le condamner à mort après l'avoir fait passer en conseil de guerre devant un tribunal bidon. Après avoir échappé à l'INLA, l'appelant a demandé la protection de la police et a été accusé d'avoir participé à la prise d'otage. Suite à une manœuvre préventive, l'INLA a pris en otages la femme et les enfants de l'appelant afin de l'empêcher de fournir des éléments de preuve à la police au sujet des membres et des activités de l'INLA.

L'appelant a plaidé coupable à l'accusation de séquestration et a été condamné à trois ans d'emprisonnement. Il n'a pas témoigné contre l'INLA et n'a jamais non plus reconnu publiquement avoir libéré les otages. Peu de temps avant l'expiration de sa peine d'emprisonnement, l'appelant a demandé à l'aumônier de la prison de l'aider à assurer sa protection contre les membres de l'INLA. L'aumônier, avec l'aide de la police, a procuré à l'appelant un passeport de la République d'Irlande ainsi que des billets d'avion pour le Canada.

L'appelant est arrivé à Toronto en décembre 1985 et a demandé l'autorisation de séjourner au Canada à titre de visiteur. Il a fait l'objet d'une enquête en mai 1986 et il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en invoquant la crainte qu'il avait d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (l'INLA). Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a décidé que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention et ce dernier a donc déposé une demande de réexamen de sa revendication auprès de la Commission d'appel de l'immigration. La Commission a accueilli la demande de réexamen et a conclu que l'appelant était un réfugié au sens de la Convention. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande que le procureur général du Canada avait faite, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, en vue d'obtenir l'annulation de la décision et a renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen.

Les questions dont est saisie notre Cour sont les suivantes: (1) la question de savoir si la complicité de l'État est nécessaire pour justifier une revendication du

“inability” of a claimant to seek the protection of his or her home state; (2) the meaning of “particular social group”; (3) the nature of persecution for political opinion and whether desertion from a politico-military organization for reasons of conscience may properly ground a claim based on that ground; (4) whether s. 15 of the *Charter* was applicable; and (5) in cases of multiple nationality, whether the claimant must establish want of protection in all states of citizenship.

Held: The appeal should be allowed.

International refugee law was formulated to serve as a back-up to the protection owed a national by his or her state. It was meant to come into play only in situations where that protection is unavailable, and then only in certain situations. The international community intended that persecuted individuals be required to approach their home state for protection before the responsibility of other states becomes engaged.

“Persecution” includes situations where the state is not in strictness an accomplice to the persecution but is simply unable to protect its citizens. The dichotomy between “unable” and “unwilling” has become somewhat blurred. The inquiry as to whether a claimant meets the “Convention refugee” definition must focus on whether there is a “well-founded fear”, which the claimant must first establish, and all that follows must be “by reason of” that fear. Two categories, both requiring the claimant to be outside his or her state of nationality by reason of that fear, exist. The first requires that the claimant be unable to avail him- or herself of that state’s protection. It originally related only to stateless persons, but can now include those refused passports or other protections by their state of nationality. The second requires that the claimant be unwilling to avail him- or herself of his or her state’s protection by reason of that fear. Neither category of the “Convention refugee” definition, however, requires that the state have been involved in the persecution.

The test as to whether a state is unable to protect a national is bipartite: (1) the claimant must subjectively fear persecution; and (2) this fear must be well-founded in an objective sense. The claimant need not literally approach the state unless it is objectively unreasonable

statut de réfugié et la nature de l’«absence de volonté» ou de l’«incapacité» d’un demandeur de réclamer la protection de son État d’origine, (2) le sens de l’expression «groupe social», (3) la nature de la persécution en raison d’opinions politiques et la question de savoir si le fait d’avoir abandonné les rangs d’une organisation politico-militaire, pour des motifs de conscience, peut justifier une revendication pour ce motif, (4) la question de savoir si l’art. 15 de la *Charte* est applicable, et (5) dans les cas de nationalité multiple, la question de savoir si le demandeur doit établir l’absence de protection de la part de tous les États dont il a la nationalité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le droit international relatif aux réfugiés a été établi afin de suppléer à la protection qu’un État doit fournir à son ressortissant. Il ne devait s’appliquer que si la protection ne pouvait pas être fournie, et même alors, dans certains cas seulement. La communauté internationale voulait que les personnes persécutées soient tenues de s’adresser à leur État d’origine pour obtenir sa protection avant que la responsabilité d’autres États ne soit engagée.

La «persécution» comprend les cas où l’État n’est pas strictement complice de la persécution, mais est simplement incapable de protéger ses citoyens. La dichotomie «ne peut» et «ne veut» s’est quelque peu estompée. Pour déterminer si un demandeur est visé par la définition de «réfugié au sens de la Convention», il faut mettre l’accent sur la question de savoir si celui-ci «craint avec raison» d’être persécuté, ce qu’il doit d’abord établir, et tout ce qui vient après doit être «du fait de cette crainte». Il existe deux catégories qui exigent que le demandeur se trouve, du fait de cette crainte, hors de l’État dont il a la nationalité. Le demandeur qui fait partie de la première catégorie doit être incapable de se réclamer de la protection de cet État. Au départ, cette catégorie ne visait que les apatrides, mais elle peut maintenant viser les personnes qui se voient refuser un passeport ou d’autres protections par l’État dont elles ont la nationalité. Le demandeur qui fait partie de la deuxième catégorie doit, du fait de cette crainte, ne pas vouloir se réclamer de la protection de son État. Toutefois, ni l’une ni l’autre catégorie de la définition de «réfugié au sens de la Convention» n’exige que l’État ait participé à la persécution.

Le critère applicable pour déterminer si un État est incapable de protéger un ressortissant comporte deux volets: (1) le demandeur doit éprouver une crainte subjective d’être persécuté, et (2) cette crainte doit être objectivement justifiée. Le demandeur n’a pas vraiment

for him or her not to have sought the protection of the home authorities. The Board, if the claimant's fear has been established, is entitled to presume that persecution will be likely and that the fear is well-founded if there is an absence of state protection. The presumption goes to the heart of the inquiry, which is whether there is a likelihood of persecution. The persecution must be real—the presumption cannot be built on fictional events—but the well-foundedness of the fears can be established through the use of such a presumption.

The presumption was of some importance to the Board in this case. It found that the appellant was a credible witness and therefore accepted that he had a legitimate fear of persecution. Since Ireland's inability to protect was established through evidence that state agents had admitted their ineffectiveness, the Board was then able to presume the well-foundedness of appellant's fears.

The claimant must provide clear and convincing confirmation of a state's inability to protect absent an admission by the national's state of its inability to protect that national. Except in situations of complete breakdown of the state apparatus, it should be assumed that the state is capable of protecting a claimant. This presumption, while it increases the burden on the claimant, does not render illusory Canada's provision of a haven for refugees. It reinforces the underlying rationale of international protection as a surrogate, coming into play where no alternative remains to the claimant.

In distilling the contents of the head of "particular social group", account should be taken of the general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination that form the basis for the international refugee protection initiative. A good working rule for the meaning of "particular social group" provides that this basis of persecution consists of three categories: (1) groups defined by an innate, unchangeable characteristic; (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and (3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence.

Exclusions on the basis of criminality have been carefully drafted in the *Immigration Act* to avoid the admission of claimants who may pose a threat to the Canadian

à s'adresser à l'État à moins qu'il ne soit objectivement déraisonnable qu'il n'ait pas sollicité la protection de son pays d'origine. S'il a été établi que le demandeur éprouve une crainte, la Commission a le droit de présumer que la persécution sera probable, et la crainte justifiée, en l'absence de protection de l'État. La présomption touche le cœur de la question, qui est de savoir s'il existe une probabilité de persécution. La persécution doit être réelle—la présomption ne peut pas reposer sur des événements fictifs—mais le bien-fondé des craintes peut être établi à l'aide de cette présomption.

En l'espèce, la présomption avait une certaine importance pour la Commission. Cette dernière a conclu que l'appelant était un témoin crédible et a donc accepté que sa crainte d'être persécuté était légitime. Étant donné que l'incapacité de l'Irlande de protéger l'appelant a été établie au moyen de la preuve que les agents de l'État avaient reconnu leur inefficacité, la Commission a donc pu présumer que les craintes de l'appelant étaient justifiées.

Le demandeur doit confirmer d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer sa protection, en l'absence d'un aveu en ce sens par l'État dont il est le ressortissant. Sauf dans le cas d'un effondrement complet de l'appareil étatique, il y a lieu de présumer que l'État est capable de protéger le demandeur. Bien que cette présomption accroisse l'obligation qui incombe au demandeur, elle ne rend pas illusoire la fourniture par le Canada d'un havre pour les réfugiés. Elle renforce la raison d'être de la protection internationale à titre de mesure auxiliaire qui entre en jeu si le demandeur ne dispose d'aucune solution de rechange.

Pour dégager le contenu de l'expression «groupe social», il y a lieu de tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés. Une bonne règle pratique pour déterminer le sens de l'expression «groupe social» prévoit que ce motif de persécution comporte trois catégories: (1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable, (2) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association, et (3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.

Des exclusions fondées sur la criminalité ont, dans la *Loi sur l'immigration*, été rédigées avec soin de telle façon que les demandeurs qui peuvent constituer une

government or to the lives or property of the residents of Canada. These provisions specifically give the Minister of Employment and Immigration enough flexibility to reassess the desirability of permitting entry to a claimant with a past criminal record, where the Minister is convinced that rehabilitation has occurred. This demonstrates that Parliament has not opted to treat a criminal past as a reason to be estopped from obtaining refugee status. The scope of the term "particular social group" accordingly did not need to be interpreted narrowly to accommodate morality and criminality concerns. Such a blanket exclusion is more appropriately to be avoided in the face of an explicit, comprehensive structure for the assessment of these potentially inadmissible claimants.

Appellant did not meet the definition of "Convention refugee" with respect to his fear of persecution at the hands of the INLA upon his return to Northern Ireland. The group of INLA members is not a "particular social group". Its membership is neither characterized by an innate characteristic nor is it an unchangeable historical fact. Its objective of obtaining specific political goals by any means, including violence, cannot be said to be so fundamental to the human dignity of its members that it constitutes a "particular social group". In any event, appellant's fear was not based on his membership. Rather, he felt threatened because of what he did as an individual. His membership in the INLA placed him in the circumstances that led to his fear, but the fear itself was based on his action, not on his affiliation.

A claimant is not required to identify the reasons for the persecution. The examiner must decide whether the Convention definition is met; usually there will be more than one applicable ground.

Political opinion can generally be interpreted to be any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged. The political opinion at issue need not have been expressed outright. Often the claimant is not even given the opportunity to articulate his or her beliefs; often they are imputed to the claimant from his or her actions. The political opinion ascribed to the claimant and for which he or she fears persecution need not necessarily conform to the claimant's true beliefs. The examination of the

menace pour le gouvernement canadien ou pour la vie ou les biens des résidents du Canada ne soient pas admis. Ces dispositions donnent expressément au ministre de l'Emploi et de l'Immigration suffisamment de latitude pour réexaminer l'opportunité d'accorder l'autorisation de séjour au demandeur qui a un casier judiciaire, lorsque le Ministre est convaincu que celui-ci s'est réhabilité. Cela démontre que le Parlement a choisi de ne pas considérer les antécédents criminels d'une personne comme une fin de non-recevoir à l'obtention du statut de réfugié. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'interpréter de façon restrictive la portée de l'expression «groupe social» pour composer avec des questions de moralité et de criminalité. Il est préférable d'éviter pareille exclusion générale compte tenu de l'existence d'un mécanisme explicite et exhaustif d'évaluation de ces demandeurs potentiellement non admissibles.

L'appelant n'est pas visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» en ce qui concerne sa crainte d'être persécuté par l'INLA s'il retourne en Irlande du Nord. Les membres de l'INLA ne forment pas un «groupe social». L'appartenance au groupe n'est pas définie par une caractéristique innée et ne constitue pas un fait historique immuable. On ne saurait dire que son but de réaliser des objectifs politiques précis par n'importe quel moyen, y compris la violence, est essentiel à la dignité humaine de ses membres au point d'en faire un «groupe social». En tout état de cause, la crainte de l'appelant n'était pas fondée sur son appartenance au groupe en question. Il se sentait plutôt menacé à cause de ce qu'il a fait à titre individuel. Son appartenance à l'INLA l'a placé dans la situation à l'origine de la crainte qu'il éprouve, mais la crainte elle-même était fondée sur son action, et non sur son affiliation.

Un demandeur n'est pas tenu d'identifier les motifs de persécution. Il incombe à l'examineur de déterminer si les conditions de la définition figurant dans la Convention sont remplies; habituellement, il y a plus d'un motif applicable.

Généralement, une opinion politique peut être interprétée comme toute opinion sur une question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé. Il n'est pas nécessaire que les opinions politiques en question aient été carrément exprimées. Souvent, le demandeur n'a même pas la possibilité d'exprimer ses convictions; souvent, elles lui sont imputées en raison de ses actes. Les opinions politiques imputées au demandeur et pour lesquelles celui-ci craint d'être persécuté n'ont pas à être nécessairement conformes à

circumstances should be approached from the perspective of the persecutor, since that is the perspective that is determinative in inciting the persecution. Similar considerations apply to other bases of persecution.

Appellant's fear of being killed by the INLA, should he return to Northern Ireland, stemmed initially from the group's threat of executing the death sentence imposed by its court-martial. The act for which appellant was so punished was his assistance in the escape of the hostages he was guarding. From this act, a political opinion related to the proper limits to means used for the achievement of political change can be imputed. To appellant, who believed that the killing of innocent people to achieve political change is unacceptable, setting the hostages free was the only option that accorded with his conscience. The persecution appellant fears stemmed from his political opinion as manifested by this act.

Given that the relevant aspects of the majority decision were found to be incorrect for other reasons, recourse to s. 15 of the *Charter* with respect to "particular social group" and state complicity was unnecessary.

Appellant conceded dual nationality—Irish and British. The burden of proof, including a showing of well-founded fear of persecution in all countries of which the claimant is a national, lies with appellant and not the Minister.

The Board must investigate whether the claimant is unable or unwilling to avail him- or herself of the protection of each and every country of nationality. Any home state protection is a claimant's sole option when available since international refugee protection is to serve as "surrogate" shelter coming into play only upon failure of national support. The inability of a state of nationality to protect can be established where the claimant has actually approached the state and been denied protection. Where, as in the case of appellant, the second state has not actually been approached by the claimant, that state should be presumed capable of protecting its nationals. An underlying premise of this presumption is that citizenship carries with it certain basic consequences, such as the right to gain entry to the country at any time. Denial of admittance to the home territory can amount to a refusal of protection. Here, evidence, albeit not expert opinion, was led to establish

ses convictions profondes. Les circonstances devraient être examinées du point de vue du persécuteur, puisque c'est ce qui est déterminant lorsqu'il s'agit d'inciter à la persécution. Des considérations similaires s'appliquent aux autres motifs de persécution.

La crainte qu'a l'appelant d'être assassiné par l'INLA s'il retourne en Irlande du Nord découle au départ de ce que le groupe a menacé d'exécuter l'arrêt de mort prononcé par sa cour martiale. L'appelant était ainsi puni pour avoir aidé à s'évader les otages qu'il gardait. Cet acte permet d'imputer une opinion politique au sujet des limites qu'il convient de fixer à l'égard des moyens employés pour réaliser des changements politiques. Pour l'appelant, qui croit que tuer des innocents pour réaliser des changements politiques est inacceptable, libérer les otages était la seule solution qui s'accordait avec sa conscience. La persécution que l'appelant craint découle de ses opinions politiques que reflète l'acte qu'il a accompli.

Étant donné que les aspects pertinents du jugement majoritaire ont été jugés erronés pour d'autres raisons, il est inutile de recourir à l'art. 15 de la *Charte* relativement au «groupe social» et à la complicité de l'État.

L'appelant a concédé qu'il bénéficiait d'une double nationalité: irlandaise et britannique. Le fardeau de la preuve, qui comprend la preuve que le demandeur craint avec raison d'être persécuté dans tous les pays dont il est ressortissant, incombe à l'appelant et non au Ministre.

La Commission doit se demander si le demandeur ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de chaque pays dont il a la nationalité. Toute protection de l'État d'origine est la seule solution qui s'offre à un demandeur lorsqu'il est possible de l'obtenir, étant donné que la protection internationale des réfugiés est destinée à servir de mesure «auxiliaire» qui n'entre en jeu qu'en l'absence d'appui national. L'incapacité d'un État dont il a la nationalité d'assurer sa protection peut être établie lorsque le demandeur s'est vraiment adressé à cet État et s'est vu refuser toute protection. Lorsque, comme dans le cas de l'appelant, le demandeur ne s'est pas vraiment adressé au second État, il y a lieu de présumer que cet État est capable de protéger ses ressortissants. Une prémisses qui sous-tend cette présomption est que la citoyenneté comporte certaines conséquences fondamentales comme le droit d'obtenir, en tout temps, l'autorisation de séjour dans le pays. Le refus d'admettre sur

that British legislation enabled the British Government to prohibit a national from being in, or entering, Great Britain, if the national had been connected with terrorism with regard to Northern Ireland. The applicability of this presumption and its rebuttal depended on the particular circumstances of this case and was to be determined by the Board.

le territoire national peut équivaloir à un refus de protection. En l'espèce, on a fait la preuve, quoique non au moyen d'une opinion d'expert, qu'une loi britannique permet au gouvernement britannique d'interdire à un ressortissant d'être ou d'entrer en Grande-Bretagne, s'il est mêlé à des actes de terrorisme relativement à l'Irlande du Nord. L'applicabilité de la présomption et sa réfutation sont des questions qui dépendent des circonstances particulières de l'espèce et doivent être tranchées par la Commission.

Cases Cited

Considered: *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129; *Surujpal v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 60 N.R. 73; *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605; *McMullen v. Immigration and Naturalization Service*, 658 F.2d 1312 (1981); *Cheung v. Minister of Employment and Immigration*, [1993] F.C.J. No. 309 (Q.L.); *Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 729; *Matter of Acosta*, Interim Decision 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.); **referred to:** *Artiga Turcios v. I.N.S.*, 829 F.2d 720 (1987); *Arteaga v. I.N.S.*, 836 F.2d 1227 (1988); *Estrada-Posadas v. I.N.S.*, 924 F.2d 916 (1991); *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171; *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121; *Arrechea Gonzalez v. Minister of Employment and Immigration*, [1991] F.C.J. No. 408 (Q.L.); *Ahmed v. Minister of Employment and Immigration*, [1990] F.C.J. No. 962 (Q.L.); *Lai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245; *Cruz v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47; *Nalliah v. Minister of Employment and Immigration* (1987), I.A.B.D. M84-1642; *Escoto v. Minister of Employment and Immigration* (1987), I.A.B.D. T87-9024X; *Incirciyan v. Minister of Employment and Immigration* (1987), I.A.B.D. M87-1541X/M87-1248; *Balareso v. Minister of Employment and Immigration* (1985), I.A.B.D. M83-1542; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *I.N.S. v. Elias-Zacarias*, 112 S.Ct. 812 (1992).

Statutes and Regulations Cited

British Nationality Act 1981 (U.K.), 1981, c. 61.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129; *Surujpal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1985), 60 N.R. 73; *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605; *McMullen c. Immigration and Naturalization Service*, 658 F.2d 1312 (1981); *Cheung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1993] A.C.F. n° 309 (Q.L.); *Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 729; *Matter of Acosta*, décision provisoire 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.); **arrêts mentionnés:** *Artiga Turcios c. I.N.S.*, 829 F.2d 720 (1987); *Arteaga c. I.N.S.*, 836 F.2d 1227 (1988); *Estrada-Posadas c. I.N.S.*, 924 F.2d 916 (1991); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171; *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121; *Arrechea Gonzalez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1991] A.C.F. n° 408 (Q.L.); *Ahmed c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1990] A.C.F. n° 962 (Q.L.); *Lai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245; *Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47; *Nalliah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), D.C.A.I. M84-1642; *Escoto c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), D.C.A.I. T87-9024X; *Incirciyan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), D.C.A.I. M87-1541X/M87-1248; *Balareso c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1985), D.C.A.I. M83-1542; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *I.N.S. c. Elias-Zacarias*, 112 S.Ct. 812 (1992).

Lois et règlements cités

British Nationality Act 1981 (R.-U.), 1981, ch. 61.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

- Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 28.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) [am. c. 28 (4th Supp.)], ss. 1(2), 34], 19.
- Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 2(1) [am. 1988, c. 35, s. 1], 4(2.1) [ad. *Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1981*, S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 3], 19(1)(c), (d), (e), (f), (g), (2) [am. *ibid.*, ss. 23, 53], 46.04(1)(c) [ad. 1988, c. 35, s. 14].
- Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 19(4)(j).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 33(2).
- Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* (U.K.), 1984, c. 8, later replaced by *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989* (U.K.), 1989, c. 4, ss. 4, 5.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 33(2).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.), art. 28.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) [mod. ch. 28 (4^e suppl.)], art. 1(2), 34], 19.
- Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 2(1) [mod. 1988, ch. 35, art. 1], 4(2.1) [aj. *Loi corrective de 1981*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 3], 19(1)(c), (d), (e), (f), (g), (2) [mod. *ibid.*, art. 23, 53], 46.04(1)(c) [aj. 1988, ch. 35, art. 14].
- Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 8, remplacée plus tard par la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989* (R.-U.), 1989, ch. 4, art. 4, 5.
- Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 19(4)(j).

Authors Cited

- Compton, Daniel. "Asylum for Persecuted Social Groups: A Closed Door Left Slightly Ajar—*Sanchez-Trujillo v. INS*, 801 F.2d 1571 (9th Cir. 1986)" (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913.
- Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969, No. 6.
- Forghel, Isi. "The Legal Status of the Boat-People", 48 *Nordisk Tidsskrift for International Relations* 217.
- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*. (n.p.) Netherlands: A. W. Sijthoff-Leyden, 1966.
- Graves, Maureen. "From Definition to Exploration: Social Groups and Political Asylum Eligibility" (1989), 26 *San Diego L. Rev.* 739.
- Gross, Douglas. "The Right of Asylum Under United States Law" (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 1125.
- Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Helton, Arthur C. "Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status" (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39.
- Hyndman, Patricia. "The 1951 Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the Case of Sri Lankan Tamil Applicants" (1987), 9 *Hum. Rts. Q.* 49.
- Plender, Richard. "Admission of Refugees: Draft Convention on Territorial Asylum" (1977-78), 15 *San Diego L. Rev.* 45.
- Takkenberg, Alex, and Christopher C. Tahbaz. *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*. Vol. 1,
- Compton, Daniel. «Asylum for Persecuted Social Groups: A Closed Door Left Slightly Ajar—*Sanchez-Trujillo v. INS*, 801 F.2d 1571 (9th Cir. 1986)» (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913.
- Convention relative au statut des réfugiés*, R.T. Can. 1969, n^o 6.
- Forghel, Isi. «Legal Status of the Boat-People», 48 *Nordisk Tidsskrift for International Relations* 217.
- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*. (n.p.) Netherlands: A. W. Sijthoff-Leyden, 1966.
- Graves, Maureen. «From Definition to Exploration: Social Groups and Political Asylum Eligibility» (1989), 26 *San Diego L. Rev.* 739.
- Gross, Douglas. «The Right of Asylum Under United States Law» (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 1125.
- Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Helton, Arthur C. «Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status» (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39.
- Hyndman, Patricia. «The 1951 Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the Case of Sri Lankan Tamil Applicants» (1987), 9 *Hum. Rts. Q.* 49.
- Nations Unies. Assemblée générale. Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides. Compte rendu analytique de la troisième séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 3 juillet 1951. M. Petren (délégué de la Suède). Doc. des Nations Unies A/CONF.2/SR.3.

Doctrines citées

- Early History and the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems 16 January-16 February 1950 Lake Success, New York* and Vol. 3, *The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons 2-25 July 1951 Geneva, Switzerland [sic]*. Amsterdam: Dutch Refugee Council, under the auspices of the European Legal Network on Asylum, 1990.
- United Nations. Economic and Social Council. *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*. First Session. Summary record of the Fifth Meeting, Lake Success, New York, 18 January 1950. Mr. Henkin (United States Delegate). UN Doc. E/AC.32/SR.5.
- United Nations. Economic and Social Council. *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*. Report of the *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Problems. Lake Success, New York, 16 January to 16 February 1950. UN Doc. E/1618 and Corr. 1-E/AC.32/5.
- United Nations. Economic and Social Council. *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*. United Kingdom. Revised draft proposal for Article 1. UN Doc. E/AC.32/L.2/Rev. 1.
- United Nations. Economic and Social Council. *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems*. United States of America: Memorandum on the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees (and Stateless Persons). UN Doc. E/AC.32/L.4.
- United Nations. General Assembly. Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons. Summary Record of the Third Meeting held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, 3 July 1951. Mr. Petren (Swedish Delegate). UN Doc A/CONF.2/SR.3.
- United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Geneva: 1988.
- van der Veen, Job. "Does Persecution by Fellow-Citizens in Certain Regions of a State Fall Within the Definition of 'Persecution' in the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951? Some Comments Based on Dutch Judicial Decisions" (1980), 11 *Netherlands Y.B. Intl. L.* 167.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. États-Unis d'Amérique: Mémoire sur l'article relatif à la définition du terme «réfugié». Doc. des Nations Unies E/AC.32/L.4.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Première session. Compte rendu analytique de la cinquième séance, Lake Success, New York, le 18 janvier 1950. M. Henkin (délégué des États-Unis). Doc. des Nations Unies E/AC.32/SR.5.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Rapport du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Lake Success, New York, du 16 janvier au 16 février 1950. Doc. des Nations Unies E/1618.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Royaume-Uni. Texte remanié proposé pour l'article premier. Doc. des Nations Unies E/AC.32/L.2/Rev. 1.
- Nations Unies. Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*. Genève: 1979.
- Plender, Richard. «Admission of Refugees: Draft Convention on Territorial Asylum» (1977-78), 15 *San Diego L. Rev.* 45.
- Takkenberg, Alex, and Christopher C. Tahbaz. *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*. Vol. 1, *Early History and the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems 16 January-16 February 1950 Lake Success, New York* and Vol. 3, *The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons 2-25 July 1951 Geneva, Switzerland (sic)*. Amsterdam: Dutch Refugee Council, under the auspices of the European Legal Network on Asylum, 1990.
- van der Veen, Job. «Does Persecution by Fellow-Citizens in Certain Regions of a State Fall Within the Definition of «Persecution» in the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951? Some Comments Based on Dutch Judicial Decisions» (1980), 11 *Netherlands Y.B. Intl. L.* 167.162.
- APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 667, 67 D.L.R. (4th) 1, 10 Imm. L.R. (2d) 189, 108 N.R. 60, allowing an application to review and set aside a judgment of the Immigration Appeal Board (1988), 9 Imm.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 667, 67 D.L.R. (4th) 1, 10 Imm. L.R. (2d) 189, 108 N.R. 60, qui a accueilli une demande de révision et d'annulation d'un jugement de la Commission d'appel de l'im-

L.R. (2d) 48, finding appellant to be a convention refugee. Appeal allowed.

Peter A. Rekai, M. Christina F. Kurata, LeVern L. Robertson and Constance Nakatsu, for the appellant.

Roslyn J. Levine and Nanette Rosen, for the respondent.

Ronald B. Shacter and Phyllis Gordon, for the intervener Canadian Council for Refugees.

Brian A. Crane, Q.C., and *Gerald Stobo*, for the intervener Immigration and Refugee Board.

Written submission only for the intervener United Nations High Commissioner for Refugees.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This case raises, for the first time in this Court, several fundamental issues respecting the definition of a “Convention refugee” in s. 2(1) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, which reads:

2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside the country of his nationality and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of his former habitual residence and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to return to that country;

This definition was revised somewhat by S.C. 1988, c. 35, s. 1 (R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), s. 1(2)), to its current version in the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2:

migration (1988), 9 Imm. L.R. (2d) 48, qui avait conclu que l’appelant était un réfugié au sens de la Convention. Pourvoi accueilli.

Peter A. Rekai, M. Christina F. Kurata, LeVern L. Robertson et Constance Nakatsu, pour l’appelant.

Roslyn J. Levine et Nanette Rosen, pour l’intimé.

Ronald B. Shacter et Phyllis Gordon, pour l’intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Brian A. Crane, c.r., et *Gerald Stobo*, pour l’intervenante la Commission de l’immigration et du statut de réfugié.

Argumentation écrite seulement de l’intervenant le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Cette affaire soulève, pour la première fois devant cette Cour, plusieurs questions fondamentales concernant la définition de l’expression «réfugié au sens de la Convention» figurant au par. 2(1) de la *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, qui est ainsi rédigé:

2. (1) . . .

«réfugié au sens de la Convention» désigne toute personne qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques

a) se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou

b) qui, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner;

La définition énoncée dans la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, a été quelque peu révisée par L.C. 1988, ch. 35, art. 1 (L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), par. 1(2)):

2. (1) ...

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership *a* in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or *b*

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person’s former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and *c*

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act; *d*

The questions raised are the extent to which a claimant’s “well-founded fear of persecution” must emanate from the state from which the claimant flees, as well as the scope of the enumerated grounds of persecution, particularly “membership in a particular social group” and “political opinion”. *e*

Facts

The appellant, Patrick Francis Ward, was born in Northern Ireland in 1955. He joined the Irish National Liberation Army (INLA) in 1983 as a volunteer. Ward described the INLA as a ruthless para-military organization more violent than the Irish Republican Army (IRA), with a military-like hierarchy and strict discipline. Before joining as a volunteer, he had loose connections with the INLA in that he had sympathies for their cause. Indeed, Ward had been convicted of the offences of possession of firearms, conspiracy to convey things unlawfully into Northern Ireland, and contributing to acts of terrorism. He testified that with the constant turmoil in Northern Ireland, people were forced to “take a stand” to protect their loved ones and that his joining the INLA stemmed in part *f*

2. (1) ...

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, *b*

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n’a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi. *d*

Les questions soulevées concernent la mesure dans laquelle la crainte justifiée du demandeur d’être persécuté doit émaner de l’État d’où celui-ci s’enfuit, ainsi que sur l’étendue des motifs énumérés de persécution, en particulier l’«appartenance à un groupe social» et les «opinions politiques». *e*

f

Les faits

L’appelant, Patrick Francis Ward, est né en Irlande du Nord en 1955. En 1983, il a adhéré à la Irish National Liberation Army (INLA) à titre de volontaire. Ward a décrit l’INLA comme une organisation paramilitaire impitoyable plus violente que l’Armée républicaine irlandaise (IRA), dotée d’une hiérarchie de type militaire et astreinte à une discipline sévère. Avant d’adhérer à l’organisation à titre de volontaire, Ward avait de vagues liens avec l’INLA en ce qu’il appuyait sa cause. En fait, il avait été reconnu coupable de possession d’armes à feu et de complot visant à transporter illégalement des objets en Irlande du Nord ainsi que de participation à des actes de terrorisme. Il a témoigné qu’avec l’agitation constante en Irlande du Nord, les gens étaient forcés de «prendre position» pour protéger leurs êtres chers et que son adhésion à l’INLA découlait en partie du désir de

from a desire to protect himself and his family, mainly from the IRA.

Ward's first task as a member of the INLA was to assist in guarding two of the organization's hostages at a farm house in the Republic of Ireland. One day after Ward's guard duties commenced, the INLA ordered the hostages executed. He wanted no part in the execution of these innocent hostages, and underwent what he described as a "predicament of moral conscience". As a result, he resolved to release the hostages and succeeded in doing so without revealing himself to the INLA.

Some time later, the police let slip to an INLA member that one of their own had assisted the hostages in their escape. The INLA suspected Ward, and he was confined and tortured. Although he never admitted his role in the escape, Ward was court-martialled by a kangaroo court and sentenced to death. However, he managed to escape and sought police protection. The police in turn charged him for his part in the hostage incident, based on finding his fingerprints at the farm where the hostages had been held.

Ward expressed concern to the police about his wife and children. The police checked on them, only to discover that they had been taken hostage by the INLA in a pre-emptive move to prevent the claimant from "turning supergrass", the colloquial term for providing evidence to the police about INLA members and their activities.

Ward pleaded guilty to the offence of forcible confinement and was sentenced to three years in jail. He did not "turn supergrass"; nor did he ever admit publicly to having released the hostages. Towards the end of his prison sentence, Ward sought the assistance of the prison chaplain for protection from INLA members. The chaplain, with the assistance of police, obtained a Republic of Ireland passport for Ward and airline tickets to Canada. Ward arrived in Toronto in December 1985 and sought admission to Canada as a visitor. He became the subject of an inquiry in May 1986

se protéger et de protéger sa famille, surtout contre l'IRA.

La première tâche de Ward, en sa qualité de membre de l'INLA, fut d'aider à garder deux des otages de l'organisation dans une maison de ferme, en République d'Irlande. Un jour après qu'il eut assumé ses fonctions de garde, l'INLA a ordonné l'exécution des otages. Ward ne voulait pas participer à l'exécution de ces otages innocents; il a éprouvé ce qu'il a appelé un [TRADUCTION] «problème de conscience». Il a donc décidé de libérer les otages et a réussi à le faire sans dévoiler son jeu à l'INLA.

Un peu plus tard, la police a laissé savoir à un membre de l'INLA qu'un des leurs avait aidé les otages à s'enfuir. L'INLA soupçonnait Ward, qui a été détenu et torturé. Bien qu'il n'ait jamais reconnu avoir joué un rôle dans l'évasion, Ward a passé en conseil de guerre devant un tribunal bidon et a été condamné à mort. Toutefois, il a réussi à s'évader et a demandé la protection de la police. La police l'a, de son côté, accusé d'avoir participé à la prise d'otage, en se fondant sur le fait qu'on avait prélevé ses empreintes digitales à la ferme où les otages avaient été détenus.

Ward a fait part à la police de son inquiétude au sujet de sa femme et de ses enfants. La police a vérifié ce qu'il advenait d'eux, mais a découvert que l'INLA, suite à une manœuvre préventive, les avait pris en otages dans le but d'empêcher le demandeur de «moucharder», c'est-à-dire de fournir des éléments de preuve à la police au sujet des membres et des activités de l'INLA.

Ward a plaidé coupable à l'accusation de séquestration et a été condamné à trois ans d'emprisonnement. Il n'a pas «mouchardé» et n'a jamais non plus reconnu publiquement avoir libéré les otages. Peu de temps avant l'expiration de sa peine d'emprisonnement, Ward a demandé à l'aumônier de la prison de l'aider à assurer sa protection contre les membres de l'INLA. L'aumônier, avec l'aide de la police, a procuré à Ward un passeport de la République d'Irlande ainsi que des billets d'avion pour le Canada. Celui-ci est arrivé à Toronto en décembre 1985 et a demandé l'autori-

and claimed Convention refugee status. His claim was based on a fear of persecution because of his membership in a particular social group, namely the INLA. The Minister of Employment and Immigration determined that Ward was not a Convention refugee and, as a result, he filed an application for redetermination of his claim before the Immigration Appeal Board. The Board allowed the redetermination and found Ward to be a Convention refugee.

The respondent, the Attorney General of Canada, brought an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), to review and set aside the decision of the Board. This application was granted by the Federal Court of Appeal, which set aside the decision and referred the matter back to the Board for reconsideration.

Judgments

Immigration Appeal Board (1988), 9 Imm. L.R. (2d) 48 (K. J. Arkin for the Board)

The Board approached the case on the basis that two issues fell to be decided pertaining to the definition of a "Convention refugee": whether the definition contemplates a claimant whose country of nationality is unable to protect him adequately, and whether the definition requires state complicity in the persecution of the claimant. On the latter question, the Board found the authorities inconclusive but ruled that the definition does not necessarily contemplate state complicity in the persecution of a claimant, and, at p. 59, that "the state's being unable to offer effective protection is sufficient".

Turning to the first issue, the Board, at p. 59, found the requirement that the claimant be unable or unwilling to avail himself of the protection of his home state was "inextricably intertwined" with the state's inability to offer effective protection.

sation de séjourner au Canada à titre de visiteur. Il a fait l'objet d'une enquête en mai 1986 et il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Sa revendication était fondée sur la crainte qu'il avait d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social, c.-à-d. l'INLA. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a décidé que Ward n'était pas un réfugié au sens de la Convention et ce dernier a donc déposé une demande de réexamen de sa revendication auprès de la Commission d'appel de l'immigration. La Commission a accueilli la demande de réexamen et a conclu que Ward était un réfugié au sens de la Convention.

L'intimé le procureur général du Canada s'est fondé sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2^e suppl.), pour demander la révision et l'annulation de la décision de la Commission. Cette demande a été accueillie par la Cour d'appel fédérale qui a annulé la décision et renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen.

Jugements

Commission d'appel de l'immigration (1988), 9 Imm. L.R. (2d) 48 (K. J. Arkin au nom de la Commission)

Selon la Commission, il y avait deux questions à trancher en ce qui concerne la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention»: la définition vise-t-elle le demandeur qui ne peut pas être protégé adéquatement par le pays dont il a la nationalité? Et la définition exige-t-elle la complicité de l'État dans la persécution du demandeur? Sur ce dernier point, la Commission a conclu que la jurisprudence n'était pas concluante, mais elle a statué que la définition ne vise pas nécessairement la complicité de l'État dans la persécution d'un demandeur et, à la p. 59, qu'«il suffit que l'État ne puisse pas offrir une protection efficace.»

Quant à la première question, la Commission a conclu, à la p. 59, que l'exigence que le demandeur ne puisse pas ou ne veuille pas se réclamer de la protection de son État d'origine et l'incapacité de cet État d'offrir une protection efficace étaient

Moreover, the Board reasoned as follows, at p. 59, on the link between persecution and protection:

Fear of persecution and lack of protection are also interrelated elements. Persecuted persons clearly do not enjoy the protection of their country of origin and evidence of the lack of protection may create a presumption as to the likelihood of persecution and to the well-foundedness of any fear.

As such, the Board concluded as follows, at p. 60:

In view of the basic nature of the test imposed by the definition of Convention refugee, i.e., whether or not the applicant has a well-founded fear of persecution for one of the enumerated reasons, it is reasonable, even necessary, to consider the state's ability to provide *adequate* protection to the applicant: to the extent that the state is unable to protect the individual, the applicant will have good reason to fear persecution. The reason for the state's inability to provide adequate protection from persecution seems irrelevant. The question in any such case then becomes whether or not there exists "adequate" protection. [Emphasis in original.]

On the key question of the state's ability to protect Ward, the Board, at p. 54, found Ward to be a "completely credible witness". It accepted that his life would be in danger if he were required to return to Northern Ireland because of the death sentence passed by the INLA and the threat he posed to that organization's security. Although Irish police had offered Ward protection, such protection would not be effective.

The Board turned its mind to the question of Ward's nationality, a question of immediate relevance given the proviso in the statutory definition that a refugee claimant be unable or unwilling to avail himself of the protection of "the country of [his] nationality". On this point, the Board found as follows, at p. 54:

Clearly, the evidence established that the claimant is a citizen of Ireland, both Northern Ireland and the Republic of Ireland. However, no evidence was presented to the Board to establish that the claimant is also a citizen of the United Kingdom. In response to questions put to

«inextricablement reliées». En outre, la Commission fait, à la p. 59, le raisonnement suivant au sujet du lien entre la persécution et la protection:

La crainte d'être persécuté et l'absence de protection sont également des éléments interreliés. Les personnes persécutées ne bénéficient manifestement pas de la protection de leur pays d'origine, et la preuve de l'absence de protection peut créer une présomption quant à la probabilité de la persécution et au caractère bien fondé de la crainte.

Cela étant, la Commission conclut ceci, à la p. 60:

Compte tenu du caractère fondamental du critère imposé par la définition de réfugié au sens de la Convention, c'est-à-dire si oui ou non le demandeur craint avec raison d'être persécuté pour l'un des motifs qui y sont mentionnés, il est raisonnable, voire nécessaire, d'examiner la capacité de l'État d'assurer une protection *adéquate* au demandeur: si l'État est incapable de le protéger, le demandeur aura de bonnes raisons de craindre d'être persécuté. La raison pour laquelle l'État ne peut assurer une protection adéquate contre la persécution ne semble pas pertinente. Dans tous les cas de ce genre, la question est donc de savoir si oui ou non il existe une protection «adéquate». [En italique dans l'original.]

Quant à la question clé de la capacité de l'État de protéger Ward, la Commission conclut, à la p. 54, que ce dernier était un «témoin tout à fait digne de foi». Elle a reconnu que la vie de Ward serait en danger s'il était obligé de retourner en Irlande du Nord puisque l'INLA l'avait condamné à mort et qu'il constituait une menace pour la sécurité de cette organisation. La police irlandaise avait offert de protéger Ward, mais cette protection ne serait pas efficace.

La Commission s'est penchée sur la question de la nationalité de Ward, qui était directement pertinente étant donné la condition, énoncée dans la définition de la Loi, que le demandeur du statut de réfugié ne puisse ou ne veuille se réclamer de la protection «du pays dont [il] a la nationalité». Sur ce point, la Commission conclut ceci, à la p. 54:

La preuve a clairement établi que le demandeur est un citoyen d'Irlande, à la fois de l'Irlande du Nord et de la République d'Irlande. Toutefois, aucune preuve n'a été produite devant la Commission pour établir que le demandeur est également un citoyen du Royaume-Uni.

him in cross-examination, the claimant testified that as a citizen of Northern Ireland, he is entitled to live in Britain unless he is excluded under the *Protection of Terrorism Act* of the United Kingdom, whereunder anyone with terrorist connections can be refused entry to British mainland. While the respondent questioned the reasonableness of the claimant's fear of the INLA were he to return to Britain, the respondent did not establish either the claimant's right to live in Britain or the claimant's right to citizenship in the United Kingdom. Accordingly, the Board finds the claimant's country of nationality to be Northern Ireland and the Republic of Ireland.

However, in a footnote to its reasons, at p. 55, the Board went on to note the following:

Had the Board concluded that the claimant was also a national of the United Kingdom, the Board would have made a finding that the claimant's life would be in danger from the INLA if he was returned to the United Kingdom.

In the result, the Board determined that Ward was a Convention refugee.

Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 667

On appeal to the Federal Court of Appeal, the Attorney General advanced three basic arguments: the Board failed to consider whether the INLA was a "particular social group" within the terms of s. 2(1) of the Act; the Board erred in finding that there was no requirement of state complicity in "persecution"; and it erred in finding that Ward's only countries of nationality were Northern Ireland and the Republic of Ireland. Urie J.A., writing for himself and Marceau J.A., found that the Board had erred on the first and third of these points. MacGuigan J.A. held that the Board had erred only with respect to the third issue.

On the first question, Urie J.A. reasoned that persecution for reasons of social group membership can occur only when the group's activities are

En réponse aux questions qui lui ont été posées en contre-interrogatoire, le demandeur a témoigné qu'à titre de citoyen de l'Irlande du Nord, il a le droit de vivre en Grande-Bretagne à moins d'être exclu en vertu de la *Protection of Terrorism Act* du Royaume-Uni, selon laquelle toute personne ayant des liens avec des organisations terroristes peut se voir refuser l'entrée sur le continent britannique. L'intimé a mis en doute le caractère raisonnable de la crainte qu'éprouvait le demandeur face à la INLA s'il devait retourner en Grande-Bretagne, mais il n'a pas établi le droit du demandeur de vivre en Grande-Bretagne, ni son droit à la citoyenneté au Royaume-Uni. Par conséquent, la Commission conclut que le pays d'origine du demandeur est l'Irlande du Nord et la République d'Irlande.

Toutefois, dans une note en bas de la p. 55, la Commission a fait remarquer ceci:

Si la Commission était arrivée à la conclusion que le demandeur était également un ressortissant du Royaume-Uni, elle aurait jugé que sa vie serait menacée par la INLA s'il était renvoyé au Royaume-Uni.

La Commission a conclu, en définitive, que Ward était un réfugié au sens de la Convention.

Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 667

Lors de l'appel devant la Cour d'appel fédérale, le procureur général a avancé trois arguments fondamentaux: la Commission a omis de se demander si l'INLA était un «groupe social» au sens du par. 2(1) de la Loi, la Commission a commis une erreur en concluant que la complicité de l'État dans la «persécution» n'était pas nécessaire, et elle a commis une erreur en concluant que les seuls pays dont Ward avait la nationalité étaient l'Irlande du Nord et la République d'Irlande. Le juge Urie, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Marceau, a conclu que la Commission avait commis une erreur sur les premier et troisième points. Le juge MacGuigan a statué que la Commission n'avait commis une erreur que sur le troisième point.

Quant à la première question, le juge Urie a estimé qu'il ne peut y avoir persécution pour cause d'appartenance à un groupe social que si on consi-

perceived to be a possible danger to the government. He stated, at p. 677:

The INLA activities are clearly contrary to the interests of the government of Northern Ireland and of the United Kingdom. But mere membership does not, of itself, substantiate a claim to refugee status. *A fortiori*, membership does not substantiate a claim to refugee status based upon a fear arising from acts committed by a member of the group contrary to the interests of the group, which group interests are themselves contrary to the well-being of the state. [Emphasis in original.]

In other words, if the claimant's fear arose from within the group itself and not the state, it cannot provide the basis of a claim of persecution. Urie J.A. was not persuaded that Ward, who feared persecution from the organization to which he belonged, was entitled to the protection afforded *bona fide* refugees who meet all the elements in the definition of Convention refugee. The fact that he was a member who had acted contrary to the interests of the INLA did not bring him within the definition. Urie J.A. remarked, at p. 678, that "[i]f such a view were to be taken anyone who dissents on anything could be said to be a member of a particular social group", a proposition he considered absurd. He rejected the argument that any group engaged in political activity would fall under the definition of a social group. Such an approach, he reasoned, would render the "political opinion" segment of the "Convention refugee" definition redundant.

In dissent, MacGuigan J.A. opined that there could be no serious argument that the INLA is not literally a particular social group since its members (at p. 689) "are united in a stable association with common purposes". He did not agree that "social group" must be deemed to exclude terrorists. However, even conceding this point, he noted that Ward had abandoned the group because of its terrorism and that the social group here at issue included members and former members of the INLA. The group's general commitment to terrorism did not,

dère que les activités du groupe constituent un danger possible pour le gouvernement. Il affirme, à la p. 677:

Les activités de la INLA sont clairement contraires aux intérêts du gouvernement de l'Irlande du Nord et du Royaume-Uni. Mais la simple appartenance à un groupe ne justifie pas, en elle-même, la revendication du statut de réfugié. À plus forte raison, l'appartenance ne justifie pas la revendication du statut de réfugié fondée sur la crainte découlant d'actes commis par un membre du groupe qui sont contraires aux intérêts du groupe, les intérêts de ce dernier étant eux-mêmes contraires au salut public. [Souligné dans l'original.]

En d'autres termes, si la crainte du demandeur procède du groupe lui-même et non de l'État, elle ne peut servir de fondement à une allégation de persécution. Le juge Urie n'était pas persuadé que Ward, qui craignait d'être persécuté par l'organisation dont il était membre, avait droit à la protection accordée aux véritables réfugiés qui remplissent toutes les conditions de la définition de réfugié au sens de la Convention. Ward n'était pas visé par la définition du seul fait qu'il avait agi d'une façon contraire aux intérêts de l'INLA alors qu'il en était membre. Le juge Urie fait remarquer, à la p. 678, que «[s]il fallait adopter un tel point de vue, quiconque est en désaccord sur quelque sujet pourrait être considéré comme membre d'un groupe social», ce qu'il considérait comme absurde. Il a rejeté l'argument selon lequel tout groupe se livrant à des activités politiques serait visé par l'expression «groupe social». Un tel point de vue, a-t-il fait remarquer, aurait pour effet de rendre redondante l'expression «opinions politiques» figurant dans la définition de «réfugié au sens de la Convention».

Dans ses motifs de dissidence, le juge MacGuigan a émis l'avis qu'on ne pouvait pas prétendre sérieusement que l'INLA n'est pas vraiment un groupe social, puisque ses membres «sont unis par des objectifs communs dans une association stable» (p. 689). Il n'était pas d'accord pour dire qu'il faut présumer que l'expression «groupe social» exclut les terroristes. Toutefois, même en concédant cela, il a fait remarquer que Ward avait quitté le groupe en raison de ses activités terroristes et que le groupe social ici en cause comprenait des

in his view, mean that Ward, as an individual, was unable to terminate his adherence to it. For MacGuigan J.A., the “true gravamen” of Ward’s fear of persecution sprang from his membership in the organization, rather than from his misbehaviour as a member, since the INLA’s motivation in sentencing him to death was, at least in part, to prevent future disclosures about the activities of the group. He further noted that a determination that Ward was a Convention refugee would not automatically entitle him to remain in Canada, as he would still be subject to the exceptions in s. 19 of the Act relating to previous convictions, espionage or subversion.

On the second issue, the need for state complicity in persecution, Urie J.A. appears to have decided that such state complicity is a prerequisite for “persecution” under the Act. In support of this, he turned to the requirements of the definition that a claimant be “unable” or “unwilling” to seek the assistance of his home state. Urie J.A. found that being “unable” to avail oneself of the protection of his national state meant, at p. 680, “quite literally that the claimant cannot, because of his physical inability to do so, even seek out the protection of his state. These imply circumstances over which he has no control and is not a concept applicable in facts of this case.” On the “unwillingness” branch of the test, Urie J.A. made the following remarks, at p. 680:

If a claimant is “unwilling” to avail himself of the protection of his country of nationality, it is implicit from that fact that his unwillingness stems from his belief that the State and its authorities, cannot protect him from those he fears will persecute him. That inability may arise because the State and its authorities are either themselves the direct perpetrators of the feared acts of persecution, assist actively those who do them or simply turn a blind eye to the activities which the claimant fears. While there may well be other manifestations of it, these possibilities clearly demonstrate that for a claimant to be unwilling to avail himself of the protection of his country of nationality, to provide the founda-

membres et d’anciens membres de l’INLA. À son avis, la vocation terroriste générale du groupe ne signifiait pas que Ward, en tant qu’individu, était incapable de le quitter. Selon le juge MacGuigan, le «véritable fondement» de la crainte qu’avait Ward d’être persécuté était son appartenance à l’organisation, plutôt que sa mauvaise conduite à titre de membre, étant donné qu’en le condamnant à mort, l’INLA voulait, du moins en partie, l’empêcher de divulguer à l’avenir des renseignements sur les activités du groupe. Le juge a en outre fait remarquer qu’une décision que Ward était un réfugié au sens de la Convention ne l’autoriserait pas automatiquement à rester au Canada, puisqu’il serait encore assujéti aux exceptions de l’art. 19 de la Loi, relatives aux condamnations antérieures ou aux actes d’espionnage ou de subversion.

Quant à la deuxième question, soit la nécessité de la complicité de l’État dans la persécution, le juge Urie semble avoir décidé que cette complicité de l’État est une condition préalable de la «persécution» visée par la Loi. Pour appuyer cela, il a examiné les exigences de la définition que le demandeur ne puisse pas ou ne veuille pas solliciter l’aide de son État d’origine. Le juge Urie a conclu que le fait que le demandeur «ne peut» se réclamer de la protection de l’État dont il a la nationalité veut dire, à la p. 680, «littéralement [...] qu’il ne peut pas, en raison de son incapacité matérielle à le faire, même rechercher la protection de son État. Cela implique des circonstances qui échappent à sa volonté et n’est pas une notion applicable à l’espèce». En ce qui concerne le volet «absence de volonté» du critère, le juge Urie a fait observer ce qui suit, à la p. 680:

Si le demandeur de statut «ne veut» pas se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité, il en ressort implicitement que sa répugnance tient à son sentiment que l’État et ses représentants sont incapables de le protéger contre ceux par qui il craint d’être persécuté. Cette répugnance peut provenir du fait que l’État et ses représentants sont les propres responsables de la persécution redoutée, qu’ils assistent ses auteurs de façon concrète ou qu’ils se contentent de ne pas faire de cas des actes redoutés par le demandeur de statut. Bien que ces exemples ne soient pas exhaustifs, ils démontrent clairement que si la répugnance du demandeur de statut à se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité

tion for a claim to be a refugee he must establish that the State cannot protect him from the persecution he fears arising, in this case, from his former membership in the INLA, i.e., he must establish that what he fears is in fact persecution as that term is statutorily and jurisprudentially understood. On that basis the involvement of the State is *sine qua non* where unwillingness to avail himself of the protection is the fact. [Emphasis in original.]

Urie J.A. found that the Board had confused the determination of persecution and ineffective protection. He also rejected the Board's finding that evidence of the lack of protection may create a presumption regarding the likelihood of persecution and the well-foundedness of any fear.

MacGuigan J.A. rejected the contention that the Board erred in its definition of persecution. In his view, the wording of s. 2(1)(a) of the Act does not necessarily import state complicity. While agreeing that "is unable" probably means literally unable, he found no reason to limit the sense of "is unwilling" to a single meaning. He stated, at pp. 697-98:

In sum, I believe that taking into account (1) the literal text of the statute, (2) the absence of any decisive Canadian precedents, and (3) the weight of international authority, the Board's interpretation of the statutory definition is the preferable one. No doubt this construction will make eligible for admission to Canada claimants from strife-torn countries whose problems arise, not from their nominal governments, but from various warring factions, but I cannot think that this is contrary to "Canada's international legal obligations with respect to refugees and . . . its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted".

In his view, then, persecution need not emanate from the state.

The third argument of the Attorney General, we saw, was that the Board erred in holding that no evidence had been presented to establish that Ward was a citizen of the United Kingdom, as well as of

doit justifier sa revendication du statut de réfugié, il doit établir que l'État ne peut le protéger contre la persécution qu'il redoute en raison, dans les présentes circonstances, de son ancienne appartenance à la INLA, c'est-à-dire qu'il doit établir que ce qu'il craint est bien la persécution au sens où la loi et la jurisprudence entendent ce terme. Sur ce fondement, la participation de l'État est une condition préalable lorsque le demandeur de statut ne veut pas se réclamer de la protection du pays visé. [Souligné dans l'original.]

Le juge Urie a conclu que la Commission avait confondu la détermination de l'existence de persécution et la protection inefficace. Il a également rejeté la conclusion de la Commission selon laquelle la preuve de l'absence de protection peut créer une présomption quant à la probabilité de la persécution et au bien-fondé de la crainte.

Le juge MacGuigan a rejeté la prétention que la Commission avait commis une erreur dans sa définition de la persécution. À son avis, le texte de l'al. 2(1)a) de la Loi n'implique pas nécessairement la complicité de l'État. Tout en convenant que, selon toute probabilité, l'expression «ne peut» signifie littéralement «est incapable», il ne voyait aucun motif de ne donner qu'un seul sens à l'expression «ne veut». Voici ce qu'il affirme, aux pp. 697 et 698:

Bref, j'estime que compte tenu (1) du libellé de la loi, (2) de l'absence de décisions canadiennes décisives faisant jurisprudence, et (3) du poids des sources doctrinales internationales, l'interprétation donnée par la Commission à la définition de la loi est celle qui est préférable. Sans aucun doute cette interprétation rendra-t-elle admissibles à entrer au Canada les demandeurs de statut venant de pays déchirés par les conflits, dont les problèmes procèdent non pas de leur gouvernement nominal, mais de diverses factions ennemies, mais je ne puis croire que cela soit contraire aux «obligations légales du Canada sur le plan international et . . . (à) sa traditionnelle attitude humanitaire à l'égard des personnes déplacées ou persécutées».

À son avis, la persécution n'a donc pas à émaner de l'État.

Comme nous l'avons vu, le troisième argument du procureur général était que la Commission avait commis une erreur en statuant qu'on n'avait produit aucune preuve établissant que Ward était un

Northern Ireland and the Republic of Ireland. Ward replied that while Northern Ireland was part of the United Kingdom, he did not have an unrestricted right to live anywhere in the United Kingdom as a result of the *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* (U.K.), 1984, c. 8, under which he could be refused admission because of his terrorist activities. On this question Urie J.A. cited, at p. 685, the second paragraph of Art. 1(A)(2) of the Convention, which, while “not binding upon us since it has not been incorporated into Canadian law, . . . persuasive as forming a logical construction of the Convention refugee definition”. Urie J.A. held, at p. 683, that “if it is found that he has more than one country of nationality the claimant is obliged to establish his unwillingness to avail himself of the protection of each of his countries of nationality before he can be considered to be a Convention refugee” (emphasis in original). In this respect, Urie J.A. remarked, at p. 685:

. . . I am of the opinion that a refugee claimant must establish that he is unable or unwilling to avail himself of all of his countries of nationality. It is the nationality of the claimant which is of prime importance. The right to live in his country of nationality becomes relevant only in the discharge of the onus on him of proving that he is unable to avail himself of the country of which he has established he is a national. [Emphasis in original.]

Not only did the Board fail to address the issue, he stated, at p. 685: “it compounded the error because it perceived that it was the Crown which had the onus of establishing ‘either the claimant’s right to live in Britain or the claimant’s right to citizenship in the United Kingdom’.” Urie J.A. noted that s. 8(1) of the Act states that the burden of proof for a person seeking to enter Canada rests on that person. On this point, MacGuigan J.A. was largely in agreement with the majority. All three judges were of the view that the issue of whether Ward could avail himself of the protection of the United Kingdom should be returned to the Board for determination.

citoyen du Royaume-Uni, ainsi que de l’Irlande du Nord et de la République d’Irlande. Ward a répondu que, même si l’Irlande du Nord faisait partie du Royaume-Uni, il ne jouissait pas du droit absolu de vivre n’importe où au Royaume-Uni en raison de la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 8, en vertu de laquelle il pouvait être frappé d’interdiction de séjour à cause de ses activités terroristes. Sur ce point, le juge Urie cite, à la p. 685, le deuxième alinéa de l’art. 1(A)(2) de la Convention, qui, bien que «nous ne soyons pas liés par [cet alinéa] parce qu’il n’a pas été incorporé au droit canadien, [. . .] est convaincant parce qu’il donne une interprétation logique de la définition de réfugié». Le juge Urie statue, à la p. 683, que «si l’on conclut qu’il a la nationalité de plus d’un pays, le demandeur de statut est tenu d’établir qu’il ne veut se réclamer de la protection d’aucun des pays dont il a la nationalité avant de pouvoir être considéré comme un réfugié au sens de la Convention» (souligné dans l’original). À cet égard, il fait remarquer, à la p. 685:

. . . j’estime que le demandeur de statut doit établir qu’il ne veut ou ne peut se réclamer d’aucun des pays dont il a la nationalité. C’est la nationalité du demandeur de statut qui est de prime importance. Son droit de vivre dans le pays dont il a la nationalité devient pertinent seulement quand il s’agit pour lui de s’acquitter de l’obligation qui lui est faite de prouver qu’il ne peut pas se réclamer du pays dont il a établi avoir la nationalité. [Souligné dans l’original.]

Non seulement la Commission n’a-t-elle pas traité de la question, a-t-il affirmé, à la p. 685, mais encore «elle a aggravé son erreur en croyant qu’il appartenait à la Couronne d’établir «le droit du demandeur de vivre en Grande-Bretagne, (ou) son droit à la citoyenneté au Royaume-Uni»». Le juge Urie a souligné que le par. 8(1) de la Loi stipule qu’il appartient à la personne désireuse d’entrer au Canada de prouver qu’elle a le droit d’y entrer. Sur ce point, le juge MacGuigan souscrivait largement à l’avis de la majorité. Les trois juges estimaient tous que la question de savoir si Ward pouvait se réclamer de la protection du Royaume-Uni devait être renvoyée à la Commission pour que celle-ci y réponde.

Issues

I propose to approach the issues raised by the parties in the following order:

A. *Persecution and State Complicity*

(a) Is the element of state complicity, either through direct persecution, collusion with the persecuting agents, or wilful blindness to the actions of the persecuting agents, a requisite element in establishing a refugee claimant's "unwillingness" to avail him- or herself of the protection of his or her country of nationality? ^a

(b) Is a claimant considered "unable" to avail him- or herself of the protection of the state only in those circumstances where he or she is physically unable to seek out this protection? ^b

B. *Membership in a Particular Social Group*

(a) What is the meaning of the phrase, "particular social group", as used in the definition of Convention refugee in s. 2(1) of the *Immigration Act, 1976*. ^c

(b) Is there any basis for the exclusion of some kinds of social groups as a result of their objectives or the unlawful methods employed by their members? ^d

C. *Political Opinion*

Whether desertion or dissension from a politico-military organization for reasons of conscience may properly ground a claim to be a Convention refugee on the basis of a well-founded fear of persecution for reasons of political opinion. ^e

D. *Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Whether the interpretation of "Convention refugee" by the majority of the Federal Court of Appeal is consistent with s. 15 of the *Charter*. ^f

Questions en litige

Je me propose d'aborder les questions soulevées par les parties dans l'ordre suivant:

A. *Persécution et complicité de l'État*

a) La complicité de l'État, que ce soit par le biais de la persécution directe, de la collusion avec les agents persécuteurs, ou de l'ignorance volontaire des actions des agents persécuteurs, constitue-t-elle un élément nécessaire pour établir que le demandeur du statut de réfugié «ne veut» pas se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité?

b) Doit-on considérer que le demandeur «ne peut» se réclamer de la protection de l'État que s'il est matériellement incapable de solliciter cette protection?

B. *Appartenance à un groupe social*

a) Quel est le sens de l'expression «groupe social» utilisée dans la définition du réfugié au sens de la Convention, figurant au par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*?

b) Y a-t-il un motif d'exclure certains types de groupes sociaux en raison de leurs objectifs ou des méthodes illicites employées par leurs membres?

C. *Opinions politiques*

La défection ou le fait d'être en dissentiment avec une organisation politico-militaire, pour des motifs de conscience, peuvent-ils justifier une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, lorsque le demandeur craint avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques? ^g

D. *Article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés*

L'interprétation de l'expression «réfugié au sens de la Convention» donnée par la Cour d'appel fédérale à la majorité est-elle compatible avec l'art. 15 de la *Charte*? ^h

E. *Double Nationality*

Where evidence establishes that a refugee claimant has more than one country of nationality, does the claimant have the burden of establishing that he or she is unwilling or unable to avail him- or herself of the protection of each country of nationality, pursuant to the definition of "Convention refugee"?

Analysis

At the outset, it is useful to explore the rationale underlying the international refugee protection regime, for this permeates the interpretation of the various terms requiring examination. International refugee law was formulated to serve as a back-up to the protection one expects from the state of which an individual is a national. It was meant to come into play only in situations when that protection is unavailable, and then only in certain situations. The international community intended that persecuted individuals be required to approach their home state for protection before the responsibility of other states becomes engaged. For this reason, James Hathaway refers to the refugee scheme as "surrogate or substitute protection", activated only upon failure of national protection; see *The Law of Refugee Status* (1991), at p. 135. With this in mind, I shall now turn to the particular elements of the definition of "Convention refugee" that we are called upon to interpret.

A. *Persecution and State Complicity*

The persecution alleged by the appellant emanates from non-state actors, the INLA; the Government of Ireland is in no way involved in it. This case, then, raises the question whether state involvement is a prerequisite to "persecution" under the definition of "Convention refugee" in the Act. The precise issues are phrased differently by the parties, but can be summarized in the following fashion. First, is there a requirement that "persecution" emanate from the state? Second, does it matter whether the claim is based on the "unable" or "unwilling" branch of the definition? In my view, the answer to both these questions is

E. *Double nationalité*

Si la preuve établit que le demandeur du statut de réfugié possède la nationalité de plus d'un pays, celui-ci doit-il établir qu'il ne veut ou ne peut se réclamer de la protection de chaque pays dont il a la nationalité, conformément à la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention»?

Analyse

Il est utile d'examiner, au départ, la raison d'être du régime international de protection des réfugiés, car cela influe sur l'interprétation des divers termes à l'étude. Le droit international relatif aux réfugiés a été établi afin de suppléer à la protection qu'on s'attend à ce que l'État fournisse à ses ressortissants. Il ne devait s'appliquer que si la protection ne pouvait pas être fournie, et même alors, dans certains cas seulement. La communauté internationale voulait que les personnes persécutées soient tenues de s'adresser à leur État d'origine pour obtenir sa protection avant que la responsabilité d'autres États ne soit engagée. C'est pourquoi James Hathaway qualifie le régime des réfugiés de [TRADUCTION] «protection auxiliaire ou supplétive» fournie uniquement en l'absence de protection nationale; voir *The Law of Refugee Status* (1991), à la p. 135. Cela étant, j'examinerai maintenant les éléments particuliers de la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» que nous avons à interpréter.

A. *Persécution et complicité de l'État*

La persécution alléguée par l'appelant émane d'un acteur non étatique, l'INLA; le gouvernement de l'Irlande n'est aucunement en cause. En l'espèce, il s'agit donc de savoir si la participation de l'État est une condition préalable pour «être persécuté» au sens de la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» figurant dans la Loi. Les questions précises sont formulées différemment par les parties, mais elles peuvent être résumées de la façon suivante. Premièrement, la persécution doit-elle émaner de l'État? Deuxièmement, importe-t-il que la demande soit fondée sur le volet «ne peut» ou sur le volet «ne veut» de la

no. A third issue is the test for establishing a “well-founded fear of persecution” under the Act.

The respondent Attorney General, while arguing that state complicity is a prerequisite to persecution, conceded that a state’s inability to protect its citizens from persecution is sufficient state complicity to satisfy the Convention definition. She also conceded that the Government of Ireland was unable to protect the appellant. As such, the respondent confined her argument to the fact that the appellant did not establish before the tribunal that the United Kingdom was similarly unable to protect him. On the second issue, she maintained that when a claimant asserts that he or she is “unwilling” to seek the protection of his or her home state, he or she must also establish that the reason for such unwillingness is state complicity (which, it is conceded, can be extended to the state’s inability to protect). The respondent also contended that there is no such prerequisite for state complicity when the refugee asserts that he or she is “unable” to seek the protection of his or her home state. The appellant argued that the definition of persecution must be “neutral”, with no requirement for state complicity. Further, he also accepted that there is a distinction between “unable” and “unwilling”, but that a claimant’s unwillingness can relate back to persecution neutrally defined. The unwillingness, when combined with the inability of the claimant’s state to protect him or her from the persecution, will ground a refugee claim.

When one considers the arguments of the appellant and respondent, it becomes apparent that their positions are in reality almost congruent, differing only as to the point at which the inability of the state to protect becomes a necessary ingredient of the definition. The real difference between the parties is on the question of the appellant’s unwilling-

définition? À mon avis, il faut répondre à ces deux questions par la négative. La troisième question concerne le critère applicable pour établir que le demandeur «cra[nt] avec raison d’être persécuté[. . .]» au sens la Loi.

Tout en soutenant que la complicité de l’État est une condition préalable de la persécution, l’intimé le procureur général a concédé que l’incapacité de l’État de protéger ses citoyens contre la persécution est une complicité suffisante pour satisfaire aux exigences de la définition de la Convention. Il a également concédé que le gouvernement de l’Irlande était incapable de protéger l’appelant. Cela étant, l’intimé a limité son argumentation au fait que l’appelant n’avait pas établi devant le tribunal que le Royaume-Uni était également incapable de le protéger. Quant à la deuxième question, il a maintenu que, lorsqu’un demandeur affirme qu’il «ne veut» pas solliciter la protection de son État d’origine, il doit également établir que c’est à cause de la complicité de l’État (ce qui, concède-t-on, peut comprendre l’incapacité de l’État d’assurer la protection). L’intimé a également soutenu que la complicité de l’État n’est pas une condition préalable lorsque le réfugié affirme qu’il «ne peut» solliciter la protection de son État d’origine. L’appelant a affirmé que la définition de la persécution doit être «neutre» et ne comporter aucune exigence de complicité de l’État. Il a reconnu, en outre, qu’il existe une distinction entre «ne peut» et «ne veut», mais que l’absence de volonté du demandeur peut se rapporter à la persécution au sens neutre. L’absence de volonté du demandeur, conjuguée à l’incapacité de son État d’origine de le protéger contre la persécution, justifie une revendication du statut de réfugié.

Il ressort de l’examen des arguments invoqués par l’appelant et par l’intimé que leurs positions respectives sont en réalité presque identiques et qu’elles ne diffèrent qu’en ce qui concerne le moment où l’incapacité de l’État d’assurer la protection devient un élément nécessaire de la définition. Le point sur lequel les parties divergent vraiment concerne l’absence de volonté de l’appelant de retourner en Grande-Bretagne ou en Irlande,

ness to return to Great Britain as well as Ireland, a matter that is discussed later as a separate issue.

The intervener Council for Refugees agrees that the Convention definition does require a claimant to demonstrate an inability by his or her state to protect from non-governmental acts of persecution. It contends that this is inherent in the definition rather than a question arising from the term "unwilling". It argues that "unable" and "unwilling" refer only to the refugee claimant's situation outside the country, vis-à-vis the consular officials of his or her home country.

The United Nations High Commissioner for Refugees intervened to argue that the distinction between "unable" and "unwilling" is irrelevant to this appeal, that there is no requirement for state complicity in the definition, and that the proper focus should be on whether the claimant, because of the state's inability to protect, is "unable" or "unwilling" to seek the protection of the authorities in his or her home state. The High Commissioner also endorses the position of the Board that the absence of protection may create a sufficient evidentiary basis for a presumption of a well-founded fear by the claimant. For its part, the Board intervened to argue against any state complicity requirement, maintaining instead that the interpretation of the "Convention refugee" definition should be flexible enough to allow the Board to respond on a case by case basis, given the variety of conditions in the contemporary world that give rise to refugee movements.

In sum, the parties, including the respondent, appear to be unanimous in concluding that the court below was wrong to suggest that the claimant's fear must emanate from the state. As well, there is substantial agreement that a state's inability to protect is an integral component of the notion of a Convention refugee, although the parties differ as to the point in the analysis at which such component is injected into the definition. I find that the consensus reached by the parties is

une question que nous examinerons séparément plus loin.

L'intervenant le Conseil pour les réfugiés convient que la définition de la Convention exige qu'un demandeur démontre que son État d'origine est incapable de le protéger contre les actes non gouvernementaux de persécution. Il soutient que cela est inhérent à la définition et ne découle pas de l'existence de l'expression «ne veut». Il affirme que les expressions «ne peut» et «ne veut» visent uniquement la situation du demandeur du statut de réfugié hors du pays, par rapport aux représentants consulaires de son pays d'origine.

Le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés est intervenu pour soutenir que la distinction entre les expressions «ne peut» et «ne veut» n'est pas pertinente dans ce pourvoi, que la définition n'exige pas la complicité de l'État et qu'il convient de se concentrer sur la question de savoir si le demandeur «ne peut» ou «ne veut», à cause de l'incapacité de l'État de le protéger, solliciter la protection des autorités de son État d'origine. Le Haut commissariat approuve également la position de la Commission, selon laquelle l'absence de protection peut créer un fondement de preuve suffisant pour une présomption de crainte justifiée de la part du demandeur. De son côté, la Commission est intervenue pour affirmer que la complicité de l'État n'est pas nécessaire, et a plutôt maintenu que l'interprétation de l'expression «réfugié au sens de la Convention» devrait être suffisamment souple pour lui permettre de trancher chaque affaire sur une base individuelle, compte tenu des diverses circonstances qui, dans le monde contemporain, donnent lieu aux mouvements de réfugiés.

En somme, les parties, y compris l'intimé, semblent conclure à l'unanimité que le tribunal d'instance inférieure a commis une erreur en laissant entendre que la crainte du demandeur doit émaner de l'État. De même, on s'entend essentiellement pour dire que l'incapacité de l'État d'assurer la protection fait partie intégrante de la notion de réfugié au sens de la Convention, bien qu'il y ait une divergence d'opinions entre les parties quant au moment, dans l'analyse, où cet élément est

substantially correct. As will be apparent, the majority of the court below would appear to be isolated in its views on state complicity. The majority placed undue emphasis on the distinction between “unwilling” and “unable” in this case.

It is perhaps useful to begin by returning to the text in question:

2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside the country of his nationality and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of his former habitual residence and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to return to that country;

The section appears to focus the inquiry on whether there is a “well-founded fear”. This is the first point the claimant must establish. All that follows must be “by reason of” that fear. The first category requires the claimant to be outside the country of nationality by reason of that fear and unable to avail him- or herself of its protection. The second requires that the claimant be both outside the country of nationality and unwilling to avail him- or herself of its protection, by reason of that fear. Thus, regardless of the category under which the claimant falls, the focus is on establishing whether the fear is “well-founded”. It is at this stage that the state’s inability to protect should be considered. The test is in part objective; if a state is able to protect the claimant, then his or her fear is not, objectively speaking, well-founded. Beyond this point, I see nothing in the text that requires the state to be complicit in, or be the source of, the persecution in question.

incorporé dans la définition. Je conclus que le consensus auquel les parties sont arrivées est essentiellement juste. Comme on pourra le constater, la Cour d’appel fédérale à la majorité semblerait la seule à avoir ces opinions sur la complicité de l’État. La cour à la majorité a trop mis l’accent sur la distinction entre «ne veut» et «ne peut» en l’espèce.

Il peut être utile de commencer par revenir au texte en question:

2. (1) . . .

«réfugié au sens de la Convention» désigne toute personne qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques

a) se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou

b) qui, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner;

La disposition semble mettre l’accent sur la question de savoir si le demandeur «craint avec raison» d’être persécuté. C’est le premier point que le demandeur doit établir. Tout ce qui vient après doit être «du fait de cette crainte». Le demandeur qui fait partie de la première catégorie doit, du fait de cette crainte, se trouver hors du pays dont il a la nationalité et doit être incapable de se réclamer de la protection de ce pays. Le demandeur qui fait partie de la deuxième catégorie doit être à la fois hors du pays dont il a la nationalité et ne pas vouloir se réclamer de la protection de ce pays, du fait de cette crainte. Par conséquent, quelle que soit la catégorie dont le demandeur fait partie, il s’agit d’établir s’il craint «avec raison» d’être persécuté. C’est à ce stade que l’incapacité de l’État d’assurer la protection devrait être prise en considération. Le critère est en partie objectif; si un État est capable de protéger le demandeur, alors, objectivement, ce dernier ne craint pas avec raison d’être persécuté. À part cela, je ne vois rien dans le texte qui exige que l’État soit le complice, ou l’auteur, de la persécution en question.

State Complicity

My conclusion that state complicity in persecution is not a pre-requisite to a valid refugee claim is reinforced by an examination of the history of the provision, the prevailing authorities, and academic commentary. On the first point, the parties argue that there is no evidence in the drafting history, the *Travaux préparatoires*, suggesting that persecution was linked to state action. The draft proposed by the United States delegate mentions only the omission of “person[s] who leave. . . or ha[ve] left [their] country of nationality or of former habitual residence for reasons of purely personal convenience” from the definition of “Convention refugee”; see UN doc. E/AC.32/L.4 (January 18, 1950), paragraph B., at p. 3. The revised draft proposed by the United Kingdom did not qualify the word “persecution” in any way, though it did make reference to state authorities in requiring that the claimant “does not wish to return to that country for good and sufficient reason or is not allowed by the authorities of that country to return there”; see UN doc. E/AC.32/L.2/Rev. 1 (January 19, 1950). The omission of a reference to state action does not tell us much, however. The question was apparently never discussed, and the text does not reveal that any link to state action is required.

While the drafting history of the Convention may not go far in justifying the exclusion of state complicity from the interpretation of “Convention refugee”, other sources provide more convincing support. A much-cited guide on this question is paragraph 65 of the UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (“UNHCR Handbook”). While not formally binding on signatory states, the Handbook has been endorsed by the states which are members of the Executive Committee of the UNHCR, including Canada, and has been relied upon by the courts of

Complicité de l'État

Ma conclusion que la complicité de l'État dans la persécution n'est pas une condition préalable de la validité d'une revendication du statut de réfugié est renforcée par l'examen de l'historique de la disposition, de la jurisprudence dominante, ainsi que de la doctrine. Sur le premier point, les parties soutiennent que rien dans l'historique de la rédaction de la disposition, à savoir les *Travaux préparatoires*, ne laisse entendre que la persécution doit être reliée à une action de l'État. L'avant-projet proposé par le délégué des États-Unis mentionne uniquement que la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» ne fait pas état des «personnes qui quittent ou ont quitté le pays dont elles ont la nationalité ou dans lequel elles avaient leur résidence habituelle, pour des raisons d'intérêt purement personnel»; voir le doc. des Nations Unies E/AC.32/L.4 (18 janvier 1950), paragraphe B, à la p. 3. L'avant-projet révisé qui a été proposé par le Royaume-Uni ne restreignait aucunement la portée du mot «persécution», même s'il faisait mention des autorités étatiques en exigeant que le demandeur «ne veu[ille] pas [...] retourner [dans ce pays] pour des raisons valables et suffisantes, ou bien [ne soit] pas autorisé [...] à y rentrer par les autorités de ce pays»; voir le doc. des Nations Unies E/AC.32/L.2/Rev. 1 (19 janvier 1950). L'omission de la mention de l'action de l'État ne nous apprend toutefois pas grand-chose. La question n'a apparemment jamais été débattue et le texte ne montre pas qu'il doit y avoir un lien avec l'action de l'État.

L'historique de la rédaction de la Convention ne permet peut-être pas vraiment de justifier l'exclusion de la complicité de l'État de l'interprétation de l'expression «réfugié au sens de la Convention», mais d'autres sources étayaient cette exclusion d'une façon plus convaincante. Sur ce point, on cite souvent le paragraphe 65 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du HCNUR («Guide du HCNUR»). Bien qu'il ne lie pas officiellement les États signataires, ce guide a été approuvé par les États membres du comité exécutif du HCNUR,

signatory states. Paragraph 65 of the UNHCR Handbook reads:

65. Persecution is normally related to action by the authorities of a country. It may also emanate from sections of the population that do not respect the standards established by the laws of the country concerned. A case in point may be religious intolerance, amounting to persecution, in a country otherwise secular, but where sizeable fractions of the population do not respect the religious beliefs of their neighbours. Where serious discriminatory or other offensive acts are committed by the local populace, they can be considered as persecution if they are knowingly tolerated by the authorities, or if the authorities refuse, or prove unable, to offer effective protection. [Emphasis added.]

The position reflected in the UNHCR Handbook, therefore, is that acts by private citizens, when combined with state inability to protect, constitute "persecution".

The absence of a state complicity requirement has also been endorsed by academics; see Job van der Veen, "Does Persecution by Fellow-Citizens in Certain Regions of a State Fall Within the Definition of 'Persecution' in the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951? Some Comments Based on Dutch Judicial Decisions" (1980), 11 *Netherlands Y.B. Intl. L.* 167, at p. 172; J. Hathaway, *supra*, at p. 127; Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (1983), at p. 42; Patricia Hyndman, "The 1951 Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the Case of Sri Lankan Tamil Applicants" (1987), 9 *Hum. Rts. Q.* 49, at p. 67; Douglas Gross, "The Right of Asylum Under United States Law" (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 1125, at p. 1139; Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (1966), at p. 191.

Canadian decisions reflect the growing consensus that state complicity is not necessary. Two recent cases in the Federal Court of Appeal should be noted. First, in *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129, the court seems to suggest that a state's inability to protect is a sub-set of state complicity. The case

dont le Canada, et les tribunaux des États signataires se sont fondés sur lui. Le paragraphe 65 du Guide du HCNUR est ainsi rédigé:

65. On entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays. Cette action peut également être le fait de groupes de la population qui ne se conforment pas aux normes établies par les lois du pays. À titre d'exemple, on peut citer l'intolérance religieuse, allant jusqu'à la persécution, dans un pays par ailleurs laïc mais où d'importantes fractions de la population ne respectent pas les convictions religieuses d'autrui. Lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace. [Je souligne.]

La position qui ressort du Guide du HCNUR est donc que les actes des particuliers constituent de la «persécution» lorsqu'ils viennent s'ajouter à l'incapacité de l'État d'assurer la protection.

Le fait que la complicité de l'État n'est pas nécessaire a également été approuvé par les auteurs de doctrine; voir Job van der Veen, «Does Persecution by Fellow-Citizens in Certain Regions of a State Fall Within the Definition of 'Persecution' in the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951? Some Comments Based on Dutch Judicial Decisions» (1980), 11 *Netherlands Y.B. Intl. L.* 167, à la p. 172; J. Hathaway, *op. cit.*, à la p. 127; Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (1983), à la p. 42; Patricia Hyndman, «The 1951 Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the Case of Sri Lankan Tamil Applicants» (1987), 9 *Hum. Rts. Q.* 49, à la p. 67; Douglas Gross, «The Right of Asylum Under United States Law» (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 1125, à la p. 1139; Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (1966), à la p. 191.

Il ressort de la jurisprudence canadienne que l'on s'accorde de plus en plus pour dire que la complicité de l'État n'est pas nécessaire. Il y a lieu de noter deux arrêts récents de la Cour d'appel fédérale. En premier lieu, dans *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129, la cour semble laisser entendre que

involved a refugee claimant from Sri Lanka, who was persecuted by other citizens because of his religious convictions. The police were largely indifferent to this persecution. Heald J.A., writing for the majority, found that persecution need not be at the hands of state agents. As for “unwillingness”, he found that the police indifference justified the claimant’s reluctance to seek their protection. Stone J.A. concurred, stating at p. 135:

Obviously, an individual cannot be considered a “Convention refugee” only because he has suffered in his homeland from the outrageous behaviour of his fellow citizens. To my mind, in order to satisfy the definition the persecution complained of must have been committed or been condoned by the state itself and consist either of conduct directed by the state toward the individual or in it knowingly tolerating the behaviour of private citizens, or refusing or being unable to protect the individual from such behaviour.

As I understand him, Stone J.A. argues that there must be state complicity, but that concept is broadly defined to include a state’s inability to protect its citizens from private persecution.

The facts of the second case, *Surujpal v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 60 N.R. 73, are somewhat similar. There the claimants claimed to have been persecuted by non-state agents because they were members of the opposition. They sought assistance from the police, and were refused. In an oral judgment, MacGuigan J.A. stressed the “police complicity” in the persecution. The majority in the present case seized upon this phrase as evidence that the proper test is state involvement in the persecution. However, MacGuigan J.A. observed that his statement in *Surujpal* was made in the context of the facts before him, and he appears to suggest that he was not attempting to elucidate a test, but was simply describing the conduct in that case. For him “state

l’incapacité de l’État d’assurer la protection est un aspect de la complicité de l’État. L’affaire mettait en cause un demandeur du statut de réfugié du Sri Lanka qui était persécuté par d’autres citoyens à cause de ses convictions religieuses. La police était largement indifférente à cette persécution. Le juge Heald a conclu, au nom de la majorité, que la persécution n’a pas à être le fait d’agents de l’État. Quant à l’«absence de volonté», il a conclu que l’indifférence de la police justifiait la réticence du demandeur à solliciter sa protection. Le juge Stone, qui a souscrit à cet avis, déclare, à la p. 135:

De toute évidence, une personne ne peut être considérée comme un «réfugié au sens de la Convention» seulement parce qu’elle a subi des mauvais traitements de la part de ses concitoyens dans son pays. Selon moi, il faut, pour satisfaire à la définition, que la persécution dont on se plaint ait été commise ou tolérée par l’État lui-même, et qu’elle se traduise par des actes commis par l’État contre un particulier ou par la tolérance dont l’État fait preuve sciemment à l’égard de la conduite de certains de ses citoyens, ou par son refus de protéger un particulier contre cette conduite, ou son incapacité à le faire.

Si je comprends bien, le juge Stone soutient qu’il doit y avoir complicité de l’État, mais ce concept est largement défini de façon à inclure l’incapacité de l’État de protéger le citoyen contre la persécution privée.

Les faits de la seconde affaire, *Surujpal c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1985), 60 N.R. 73, sont quelque peu similaires. Dans cette affaire, les demandeurs alléguaient avoir été persécutés par des agents non étatiques parce qu’ils étaient membres de l’opposition. Ils ont sollicité l’aide de la police qui a refusé. Dans un jugement oral, le juge MacGuigan a mis l’accent sur la «complicité de la police» dans la persécution. En l’espèce, la cour à la majorité s’est servi de cette expression pour prouver que le critère approprié est la participation de l’État à la persécution. Toutefois, le juge MacGuigan a fait remarquer que dans l’arrêt *Surujpal*, il avait fait cette affirmation dans le contexte des faits dont il était saisi, et il semble laisser entendre qu’il ne tentait pas d’élucider un critère, mais qu’il décrivait simplement la conduite adoptée dans cette affaire. Selon lui, la

complicity” also appears to be sufficiently broad to encompass the state’s inability to protect.

This approach is confirmed by the court’s recent judgment in *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605, where Décary J.A. bases his reasons on the inability of the state to protect. In doing so, Décary J.A. endorsed the position articulated in paragraph 65 of the UNHCR Handbook. I shall canvass this decision in more detail later.

The jurisprudence in the United States, which is also a party to the Convention, also supports the interpretation that “a well-founded fear of persecution” includes the actions of non-governmental persecutors where the state cannot or will not protect the claimant from those actions. In *McMullen v. Immigration and Naturalization Service*, 658 F.2d 1312 (9th Cir. 1981), at p. 1315, the Court of Appeal interpreted “likelihood of persecution” in the context of deciding whether a deserter from the Provisional IRA was deportable. The court found the concept to include “[p]ersecution by the government or by a group which the government is unable to control”. This principle was reiterated in *Artiga Turcios v. I.N.S.*, 829 F.2d 720 (9th Cir. 1987), at p. 723; *Arteaga v. I.N.S.*, 836 F.2d 1227 (9th Cir. 1988), at p. 1231; and *Estrada-Posadas v. I.N.S.*, 924 F.2d 916 (9th Cir. 1991), at p. 919.

The international community was meant to be a forum of second resort for the persecuted, a “surrogate”, approachable upon failure of local protection. The rationale upon which international refugee law rests is not simply the need to give shelter to those persecuted by the state, but, more widely, to provide refuge to those whose home state cannot or does not afford them protection from persecution. The former is, of course, comprised in the latter, but the drafters of the Convention had the latter, wider purpose in mind. The state’s inability to protect the individual from persecution founded on

«complicité de l’État» semble également être suffisamment large pour englober l’incapacité de l’État d’assurer la protection.

Ce point de vue est confirmé par l’arrêt récent de la Cour d’appel fédérale, *Zalzali c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605, où le juge Décary fonde ses motifs sur l’incapacité de l’État d’assurer la protection. Ce faisant, le juge Décary a endossé le point de vue énoncé au paragraphe 65 du Guide du HCNUR. J’examinerai cette décision plus à fond ci-dessous.

La jurisprudence des États-Unis, qui sont également partie à la Convention, étaye également l’interprétation selon laquelle l’expression «craignant avec raison d’être persécutée» vise les actions de persécuteurs non gouvernementaux lorsque l’État ne peut pas ou ne veut pas protéger le demandeur contre ces actions. Dans *McMullen c. Immigration and Naturalization Service*, 658 F.2d 1312 (9th Cir. 1981), à la p. 1315, la Cour d’appel a interprété l’expression [TRADUCTION] «probabilité de persécution» lorsqu’il s’est agi de déterminer si un déserteur de l’IRA provisoire était passible d’expulsion. La cour a conclu que le concept comprenait la [TRADUCTION] «[p]ersécution par le gouvernement ou par un groupe que le gouvernement est incapable de contrôler.» Ce principe a été réitéré dans *Artiga Turcios c. I.N.S.*, 829 F.2d 720 (9th Cir. 1987), à la p. 723, *Arteaga c. I.N.S.*, 836 F.2d 1227 (9th Cir. 1988), à la p. 1231, et *Estrada-Posadas c. I.N.S.*, 924 F.2d 916 (9th Cir. 1991), à la p. 919.

La communauté internationale était destinée à servir de tribune de second ressort pour le persécuté, de «substitut» auquel celui-ci pourrait s’adresser à défaut de protection locale. Le droit international relatif aux réfugiés ne repose pas simplement sur la nécessité d’abriter ceux qui sont persécutés par l’État, mais, d’une façon plus générale, sur celle de donner asile à ceux auxquels l’État d’origine ne peut pas fournir ou ne fournit pas de protection contre la persécution. Il va sans dire que le premier objectif est compris dans le dernier, mais c’est le dernier objectif plus général que les rédacteurs de la Convention avaient à l’esprit. L’incapacité de l’État de protéger l’individu

one of the enumerated grounds constitutes failure of local protection.

I, therefore, conclude that persecution under the Convention includes situations where the state is not in strictness an accomplice to the persecution, but is simply unable to protect its citizens.

Unable/Unwilling

I now turn to the second question. I would agree with the court below that “unable” and “unwilling” have different meanings, which are fairly apparent on their face. One can say that “unable” means physically or literally unable, and that “unwilling” simply means that protection from the state is not wanted for some reason, though not impossible. This would, at first sight, seem to be a clear distinction, but as we shall see it has become somewhat blurred.

There is some evidence from the *Travaux préparatoires* on the development of the distinction between the two concepts. The Report of the *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Problems, February 16, 1950 (U.N. Doc. E/1618 and Corr. 1), contained a draft Convention which included a definition of “refugee” that was conceptually similar to the current definition. However, the draft version linked “unwilling” with claimants who were entitled to seek the protection of their state, whereas “unable” was used in connection with stateless individuals. The Committee commented as follows (at p. 415 of the *Travaux préparatoires*):

The Committee agreed that for the purposes of this sub-paragraph . . . and therefore for the draft convention as a whole, “unable” refers primarily to stateless refugees but includes also refugees possessing a nationality who are refused passports or other protection by their own government. “Unwilling” refers to refugees who refuse to accept the protection of the government of their nationality.

contre la persécution fondée sur l'un des motifs énumérés constitue une absence de protection locale.

Par conséquent, je conclus que la persécution au sens de la Convention comprend les cas où l'État n'est pas strictement complice de la persécution, mais est simplement incapable de protéger ses citoyens.

Les expressions «ne peut» et «ne veut»

J'examinerai maintenant la deuxième question. Je serais d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que les expressions «ne peut» et «ne veut» ont des sens différents qui sont, de prime abord, passablement évidents. On peut dire que, par «ne peut», on entend matériellement ou littéralement incapable, et que «ne veut» signifie simplement que, pour une raison quelconque, la protection de l'État n'est pas recherchée, même s'il n'est pas impossible de l'obtenir. À première vue, cette distinction semblerait claire, mais comme nous le verrons, elle s'est quelque peu estompée.

Les *Travaux préparatoires* montrent jusqu'à un certain point comment s'est établie la distinction entre les deux concepts. Le rapport du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, 16 février 1950 (doc. des Nations Unies E/1618), contenait un avant-projet de Convention qui comprenait une définition du mot «réfugié» conceptuellement similaire à la définition actuelle. Toutefois, la version préliminaire établissait un lien entre l'expression «ne veut» et les demandeurs qui avaient le droit de solliciter la protection de leur État, alors que l'expression «ne peut» visait les apatrides. Le comité a fait remarquer ceci (à la p. 12 du rapport):

Le Comité a décidé que dans cet alinéa [. . .] et, par conséquent, dans tout le texte de la Convention, les mots «qui ne peut» se rapportent d'abord aux réfugiés apatrides, mais visent également les réfugiés qui ont une nationalité et auxquels leur gouvernement refuse un passeport ou toute autre protection. Les mots «qui ne veut» se rapportent aux réfugiés qui refusent d'accepter la protection du gouvernement du pays dont ils ont la nationalité.

This has generally been taken as creating a distinction between refugees with a nationality and those who are stateless; see Goodwin-Gill, *supra*, at p. 25, n. 23. But when the definition was revised to its current form, “unable” was used in connection with both nationals and stateless persons. The Board argues that this revision demonstrates that the term “unable” can apply to those with a nationality, and that the distinction between “unable” and “unwilling” has become blurred. Indeed, this argument is supported by the commentary in the UNHCR Handbook, paragraphs 98-100:

98. Being *unable* to avail himself of such protection implies circumstances that are beyond the will of the person concerned. There may, for example, be a state of war, civil war or other grave disturbance, which prevents the country of nationality from extending protection or makes such protection ineffective. Protection by the country of nationality may also have been denied to the applicant. Such denial of protection may confirm or strengthen the applicant’s fear of persecution, and may indeed be an element of persecution.

99. What constitutes a refusal of protection must be determined according to the circumstances of the case. If it appears that the applicant has been denied services (e.g., refusal of a national passport or extension of its validity, or denial of admittance to the home territory) normally accorded to his co-nationals, this may constitute a refusal of protection within the definition.

100. The term *unwilling* refers to refugees who refuse to accept the protection of the Government of the country of their nationality. It is qualified by the phrase “owing to such fear”. Where a person is willing to avail himself of the protection of his home country, such willingness would normally be incompatible with a claim that he is outside that country “owing to well-founded fear of persecution”. Whenever the protection of the country of nationality is available, and there is no ground based on well-founded fear for refusing it, the person concerned is not in need of international protection and is not a refugee. [Emphasis in original.]

This would appear to be an entirely reasonable reading of the current definition. With respect to “unable”, it would appear that physical or literal

Cette remarque a généralement été interprétée comme créant une distinction entre les réfugiés ayant une nationalité et les apatrides; voir Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 25, n. 23. Cependant, lorsque la définition a été remplacée par la définition actuelle, l’expression «ne peut» a été employée à l’égard tant des ressortissants que des apatrides. La Commission soutient que cela montre que l’expression «ne peut» peut s’appliquer aux personnes qui ont une nationalité et que la distinction entre les expressions «ne peut» et «ne veut» s’est estompée. En fait, cet argument est étayé par ce qu’on affirme aux paragraphes 98 à 100 du Guide du HCNUR:

98. Lorsqu’il *ne peut* se réclamer de cette protection, cela tient à des circonstances indépendantes de sa volonté. Il peut y avoir, par exemple, un état de guerre, une guerre civile ou d’autres troubles graves qui empêchent le pays dont l’intéressé a la nationalité de lui accorder sa protection ou qui rendent cette protection inefficace. La protection du pays dont l’intéressé a la nationalité peut également lui avoir été refusée. Ce refus de protection peut confirmer ou accroître la crainte qu’a l’intéressé d’être persécuté et peut même constituer en soi un élément de persécution.

99. Ce qu’il faut entendre par refus de protection doit être déterminé selon les circonstances de l’affaire. S’il apparaît que l’intéressé s’est vu refuser le bénéfice de certains droits ou prestations (par exemple la délivrance d’un passeport national ou la prorogation de ce passeport ou, l’admission sur le territoire national) qui sont normalement accordés à ses compatriotes, cela peut constituer un refus de protection au sens de la définition.

100. Les mots «*ne veut*» s’appliquent au réfugié qui refuse d’accepter la protection du gouvernement du pays dont il a la nationalité. Ils sont explicités par les mots «du fait de cette crainte». Lorsqu’une personne accepte de se réclamer de la protection de son pays, cette acceptation est normalement incompatible avec le fait de se trouver hors de son pays par crainte d’être persécuté. Chaque fois qu’il est admis à bénéficier de la protection du pays dont il a la nationalité, et qu’il n’a aucune raison, fondée sur une crainte justifiée, de refuser cette protection, l’intéressé n’a pas besoin de la protection internationale et n’est pas un réfugié. [En italique dans l’original.]

Cela semblerait être une interprétation tout à fait raisonnable de la définition actuelle. En ce qui concerne l’expression «ne peut», il semblerait que

impossibility is one means of triggering the definition, but it is not the only way. Thus ineffective state protection is encompassed within the concept of “unable” and “unwilling”, and I am left with the conclusion that the appellant here could have pursued his claim under either category. As such, the distinctions made in the court below were really of no great importance for the purposes of this case.

The majority in the court below, although somewhat unclear on the point, appeared to suggest that “unable” requires no state complicity, but that “unwilling” does. This dichotomy is not, in my view, supported by text of the section or the relevant authorities. As MacGuigan J.A. noted in dissent, the distinction begs the real question of what state complicity means. As we have seen, all parties agree at a minimum that state complicity encompasses an inability to protect. Thus, even if the Court of Appeal’s dichotomy were supportable, it would not preclude the appellant’s refugee claim.

The Court of Appeal again considered the dichotomy in *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*. That case involved a Lebanese national claiming fear of persecution from one of the various warring militias in that country. His persecutors were thus not agents of the state. Nonetheless, the Court of Appeal ruled that he fell within the definition of a “refugee”. The court there accepted the dichotomy between “unable” and “unwilling” as used in its judgment in the present case and concluded that state complicity was a *sine qua non* of persecution only under the latter term. The court further found that the claimant was “unable” to seek the protection of the Lebanese government, as that government had quite literally ceased to exist during Lebanon’s civil war.

l'impossibilité matérielle ou littérale soit une façon de déclencher l'application de la définition, mais que ce ne soit pas la seule façon de le faire. Ainsi, la protection inefficace de l'État est visée par les volets «ne peut» et «ne veut» de la définition et je n'ai plus qu'à conclure que l'appelant ici en cause aurait pu faire sa revendication sous un volet ou l'autre. Cela étant, les distinctions qui ont été faites devant la Cour d'appel fédérale n'avaient pas vraiment beaucoup d'importance aux fins de la présente affaire.

Bien qu'ils soient demeurés quelque peu ambigus sur ce point, les juges formant la majorité de la Cour d'appel fédérale ont paru laisser entendre que l'expression «ne peut» ne requiert pas la complicité de l'État, tandis que l'expression «ne veut» la requiert. À mon avis, cette dichotomie n'est pas étayée par le texte de la disposition ou par les ouvrages et arrêts pertinents. Comme le juge MacGuigan l'a fait remarquer en dissidence, la distinction élude la véritable question de savoir ce que signifie la complicité de l'État. Comme nous l'avons vu, toutes les parties conviennent au moins que la complicité de l'État englobe l'incapacité d'assurer la protection. Donc, même si la dichotomie mentionnée par la Cour d'appel était soutenable, cela n'empêcherait pas l'appelant de revendiquer le statut de réfugié.

Dans *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, la Cour d'appel a de nouveau examiné la dichotomie. Cette affaire concernait un ressortissant libanais qui disait craindre d'être persécuté par l'une des diverses milices opposées de ce pays. Les persécuteurs n'étaient donc pas des agents de l'État. Néanmoins, la Cour d'appel a décidé que l'appelant était visé par la définition du mot «réfugié». La cour y a retenu la dichotomie «ne peut» et «ne veut», utilisée dans le jugement qu'elle a prononcé en l'espèce, et a conclu que la complicité de l'État n'était une condition préalable de la persécution qu'en vertu de la dernière expression. La cour a en outre conclu que le demandeur «ne pouvait pas» solliciter la protection du gouvernement libanais, étant donné que ce dernier avait presque littéralement cessé d'exister pendant la guerre civile au Liban.

Décary J.A., writing for the court, concluded at p. 611 that there can be persecution within the meaning of the Act where there is no form of guilt, complicity or participation by the state. His conclusions are largely stated in the context of the "unable" branch of the definition, in deference to its judgment in the present case. However, there are hints in his reasons that he would be willing to apply the same analysis to the "unwilling" branch of the section. He notes that Court of Appeal's reasons in the present case should be applied "with the utmost caution", and his conclusions on state complicity are stated initially without reference to the dichotomy between "unwilling" and "unable". Indeed, much of his reasoning is not grounded in the dichotomy.

Décary J.A. draws on a variety of sources to conclude that persecution can arise from one's fellow nationals, when the government is unable to protect the victim against what they are doing. I am persuaded by the reasoning of these authorities that there is no requirement for state complicity in the Act.

The Council for Refugees and the Board argued, convincingly in my view, that there is simply no need for a judicial gloss of the meaning of "unwilling" and "unable". As the Council argued, there is a clear distinction between the state's being unable to protect its citizens while they are situated in that state (which is considered in the "fear of persecution" analysis) and the individual's being "unable" to avail him- or herself of that protection, which refers to the relationship between the individual and the state outside the country.

Whether the claimant is "unwilling" or "unable" to avail him- or herself of the protection of a country of nationality, state complicity in the persecution is irrelevant. The distinction between these two branches of the "Convention refugee" definition resides in the party's precluding resort to state protection: in the case of "inability", protection is denied to the claimant, whereas when the claimant is "unwilling", he or she opts not to approach the state by reason of his or her fear on an enumerated

Le juge Décary a conclu, au nom de la cour, à la p. 611, qu'il peut y avoir persécution au sens de la Loi en l'absence de toute forme de culpabilité, de complicité ou de participation de l'État. Ses conclusions sont en bonne partie formulées dans le contexte du volet «ne peut» de la définition, eu égard au jugement qu'il a prononcé en l'espèce. Toutefois, dans ses motifs, le juge laisse entendre qu'il serait disposé à appliquer la même analyse au volet «ne veut» de la disposition. Il fait remarquer que les motifs prononcés par la Cour d'appel en l'espèce devraient être appliqués «avec infiniment de prudence» et il énonce initialement ses conclusions concernant la complicité de l'État sans faire mention de la dichotomie «ne veut» et «ne peut». En fait, une grande partie de son raisonnement n'est pas fondée sur cette dichotomie.

Le juge Décary s'inspire de diverses sources pour conclure que la persécution peut être le fait de compatriotes lorsque le gouvernement est incapable de protéger la victime contre les actes de ces derniers. Le raisonnement suivi dans ces arrêts me persuade que la Loi n'exige pas la complicité de l'État.

Le Conseil pour les réfugiés et la Commission ont soutenu, d'une façon convaincante à mon avis, qu'il est tout simplement inutile de donner un éclat judiciaire aux expressions «ne veut» et «ne peut». Comme le Conseil l'a soutenu, il existe une distinction claire entre le fait que l'État ne peut pas protéger ses citoyens pendant qu'ils se trouvent sur son territoire (ce qui est examiné dans l'analyse sur la «crainte d'être persécuté») et le fait que la personne en cause «ne peut» se réclamer de cette protection, ce qui visent les relations hors du pays entre cette personne et l'État.

La complicité de l'État dans la persécution n'est pas pertinente, peu importe que le demandeur «ne veuille» ou «ne puisse» se réclamer de la protection d'un pays dont il a la nationalité. La distinction entre ces deux volets de la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» réside dans la partie qui écarte le recours à la protection de l'État: dans le cas de «ne peut», la protection est refusée au demandeur, tandis que si ce dernier «ne veut» pas, il choisit de ne pas s'adresser à l'État en

basis. In either case, the state's involvement in the persecution is not a necessary consideration. This factor is relevant, rather, in the determination of whether a fear of persecution exists.

Test for Determining Fear of Persecution

In the court below, Urie J.A. appears to have taken greatest exception to the linkages made by the Board between various concepts inherent in the definition. Specifically, the Board linked the claimant's unwillingness to the state's inability to protect, and tied the former concept to the well-foundedness of the fear of persecution. These appear to be unobjectionable propositions. The problem for Urie J.A. arose from the Board's conclusion that a lack of state protection creates a presumption of persecution and well-foundedness of the claimant's fears. Although not cited, the Board's expression of this presumption is taken almost verbatim from Goodwin-Gill, *supra*, at p. 38.

Urie J.A. appears to have concluded that the Board erred by making some sort of algebraic link between the various propositions advanced, thereby engaging in a process of circular reasoning. In his view, the Board developed a causative relationship between the claimant's unwillingness and persecution, by linking both concepts to the issue of whether the claimant's fear is well-founded. However, in *Zalzali* Décary J.A. had occasion to comment on his colleague's concerns, at p. 610, as follows:

In *Ward*, at page 680, Urie, J.A., said it was important to avoid confusing "the determination of persecution and ineffective protection" and that "the two concepts must be addressed and satisfied independently" but, if I understand his conclusion correctly, as indicated at p. 681, he was anxious to avoid as a matter of fact having one (ineffective protection) serve as a presumption in favour of the other (persecution). I do not think he meant to say that these two concepts could not be inter-

raison de la crainte qu'il éprouve pour un motif énuméré. Dans un cas comme dans l'autre, la participation de l'État à la persécution n'est pas une considération nécessaire. Ce facteur est plutôt pertinent pour déterminer s'il existe une crainte de persécution.

Critère applicable pour déterminer l'existence d'une crainte de persécution

En Cour d'appel fédérale, le juge Urie semble s'être opposé d'une façon toute particulière aux liens établis par la Commission entre les diverses notions inhérentes à la définition. Plus précisément, la Commission a relié l'absence de volonté du demandeur à l'incapacité de l'État d'assurer sa protection, et a rattaché la première notion au bien-fondé de la crainte de persécution. Ce sont, semble-t-il, des propositions auxquelles on ne peut trouver à redire. Selon le juge Urie, le problème découlait de la conclusion de la Commission selon laquelle l'absence de protection de l'État crée une présomption de persécution et de bien-fondé des craintes du demandeur. Bien qu'elle ne l'ait pas citée, la Commission a repris presque textuellement la formulation de cette présomption qui figure dans Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 38.

Le juge Urie semble avoir conclu que la Commission avait commis une erreur en établissant pour ainsi dire un lien algébrique entre les diverses propositions avancées et en se lançant ainsi dans un raisonnement tautologique. À son avis, la Commission a établi un lien de causalité entre l'absence de volonté du demandeur et la persécution, en reliant les deux notions à la question de savoir si la crainte de celui-ci était justifiée. Toutefois, à la p. 610 de l'arrêt *Zalzali*, précité, le juge Décary a fait les remarques suivantes au sujet des préoccupations de son collègue:

Le juge Urie, J.C.A. a affirmé, dans *Ward*, à la page 680, qu'il faut éviter de confondre «la détermination de la persécution et la protection inefficace» et qu'«il faut traiter de ces deux concepts et y satisfaire de façon indépendante», mais si je comprends bien sa conclusion, telle qu'elle apparaît à la page 681, il voulait éviter dans les faits que l'un (la protection inefficace) ne serve de présomption en faveur de l'autre (la persécution). Je ne pense pas qu'il ait voulu affirmer que ces deux concepts

connected for the purposes of interpreting the definition of a refugee in law. In my view, to accurately define what a refugee is it is important to examine the wording as a whole and interpret the whole in light of its component parts.

With respect to both Décarv and Urie J.J.A., it is not clear to me that the Board purported to make an algebraic link, at least in the causative sense that Urie J.A. perceives.

It is clear that the lynch-pin of the analysis is the state's inability to protect: it is a crucial element in determining whether the claimant's fear is well-founded, and thereby the objective reasonableness of his or her unwillingness to seek the protection of his or her state of nationality. Goodwin-Gill's statement, the apparent source of the Board's proposition, reads as follows, at p. 38:

Fear of persecution and lack of protection are themselves interrelated elements. The persecuted clearly do not enjoy the protection of their country of origin, while evidence of the lack of protection on either the internal or external level may create a presumption as to the likelihood of persecution and to the well-foundedness of any fear. [Emphasis added.]

Having established that the claimant has a fear, the Board is, in my view, entitled to presume that persecution will be likely, and the fear well-founded, if there is an absence of state protection. The presumption goes to the heart of the inquiry, which is whether there is a likelihood of persecution. But I see nothing wrong with this, if the Board is satisfied that there is a legitimate fear, and an established inability of the state to assuage those fears through effective protection. The presumption is not a great leap. Having established the existence of a fear and a state's inability to assuage those fears, it is not assuming too much to say that the fear is well-founded. Of course, the persecution must be real—the presumption cannot be built on fictional events—but the well-foundedness of the fears can be established through the use of such a presumption.

In this case, the presumption was apparently of some importance to the Board. It found the appel-

ne pouvaient être interreliés aux fins d'interpréter, en droit, la définition de réfugié. Il faut, à mon avis, pour bien définir ce qu'est un réfugié, examiner le libellé dans son ensemble et interpréter le tout à la lumière de chacune de ses composantes.

En ce qui concerne à la fois le juge Décarv et le juge Urie, il n'est pas clair, selon moi, que la Commission ait voulu établir un lien algébrique, du moins au sens causal où l'entend le juge Urie.

Il est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection: c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la crainte du demandeur est justifiée, de sorte qu'il a objectivement raison de ne pas vouloir solliciter la protection de l'État dont il a la nationalité. L'affirmation de Goodwin-Gill, qui est apparemment à l'origine de la proposition de la Commission, se lit ainsi, à la p. 38:

[TRADUCTION] La crainte d'être persécuté et l'absence de protection sont elles-mêmes des éléments intimement liés. Les persécutés ne bénéficient manifestement pas de la protection de leur pays d'origine, alors que la preuve de l'absence de protection, que ce soit au niveau interne ou externe, peut créer une présomption quant à la probabilité de la persécution et au bien-fondé de la crainte. [Je souligne.]

Ayant établi que le demandeur éprouve une crainte, la Commission a, selon moi, le droit de présumer que la persécution sera probable, et la crainte justifiée, en l'absence de protection de l'État. La présomption touche le cœur de la question, qui est de savoir s'il existe une probabilité de persécution. Cependant, je ne vois rien de mal dans cela si la Commission est convaincue qu'il existe une crainte légitime et s'il est établi que l'État est incapable d'apaiser cette crainte au moyen d'une protection efficace. De là à formuler la présomption, il n'y a qu'un pas. Une fois établie l'existence d'une crainte et de l'incapacité de l'État de l'apaiser, il n'est pas exagéré de présumer que la crainte est justifiée. Bien sûr, la persécution doit être réelle —la présomption ne peut pas reposer sur des événements fictifs—mais le bien-fondé des craintes peut être établi à l'aide de cette présomption.

En l'espèce, la présomption avait apparemment une certaine importance pour la Commission.

lant to be a credible witness, thus accepting that he had a legitimate fear of persecution. Since Ireland's inability to protect was established through evidence that state agents had admitted their ineffectiveness, the Board was then able to presume the well-foundedness of the claimant's fears. In my view, this approach is correct and suffices for a finding of fear of persecution in this case.

More generally, what exactly must a claimant do to establish fear of persecution? As has been alluded to above, the test is bipartite: (1) the claimant must subjectively fear persecution; and (2) this fear must be well-founded in an objective sense. This test was articulated and applied by Heald J.A. in *Rajudeen, supra*, at p. 134:

The subjective component relates to the existence of the fear of persecution in the mind of the refugee. The objective component requires that the refugee's fear be evaluated objectively to determine if there is a valid basis for that fear.

See also *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.), at p. 173. In the present case, the only real issue is the objective test. The Board here found Ward to be credible in his testimony, thus establishing the subjective branch. The issue is whether the fear is objectively justifiable.

Does the plaintiff first have to seek the protection of the state, when he is claiming under the "unwilling" branch in cases of state inability to protect? The Immigration Appeal Board has found that, where there is no proof of state complicity, the mere appearance of state ineffectiveness will not suffice to ground a claim. As Professor Hathaway, *supra*, puts it, at p. 130:

Obviously, there cannot be said to be a failure of state protection where a government has not been given an opportunity to respond to a form of harm in circumstances where protection might reasonably have been forthcoming:

Cette dernière a conclu que l'appelant était un témoin crédible, acceptant ainsi que sa crainte d'être persécuté était légitime. Étant donné que l'incapacité de l'Irlande de protéger l'appelant a été établie au moyen de la preuve que les agents de l'État avaient reconnu leur inefficacité, la Commission a donc pu présumer que les craintes du demandeur étaient justifiées. À mon avis, ce point de vue est juste et suffisant pour conclure à l'existence d'une crainte de persécution en l'espèce.

D'une façon plus générale, que doit faire exactement le demandeur pour établir qu'il craint d'être persécuté? Comme j'y faisais allusion plus haut, le critère comporte deux volets: (1) le demandeur doit éprouver une crainte subjective d'être persécuté, et (2) cette crainte doit être objectivement justifiée. Ce critère a été formulé et appliqué par le juge Heald dans l'arrêt *Rajudeen*, précité, à la p. 134:

L'élément subjectif se rapporte à l'existence de la crainte de persécution dans l'esprit du réfugié. L'élément objectif requiert l'appréciation objective de la crainte du réfugié pour déterminer si elle est fondée.

Voir également *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.), à la p. 173. En l'espèce, la seule véritable question litigieuse concerne le critère objectif. La Commission a conclu ici que le témoignage de Ward était digne de foi, établissant ainsi l'existence de l'élément subjectif. Il s'agit de savoir si la crainte est objectivement justifiable.

Le demandeur doit-il d'abord solliciter la protection de l'État, lorsque sa revendication est fondée sur le volet «ne veut» dans le cas où l'État est incapable de le protéger? La Commission d'appel de l'immigration a conclu qu'en l'absence de preuve de complicité de l'État, la simple apparence d'inefficacité de l'État ne suffit pas à justifier une revendication. Comme le professeur Hathaway, *op. cit.*, l'affirme, à la p. 130:

[TRADUCTION] De toute évidence, on ne saurait dire que l'État ne fournit pas de protection si le gouvernement n'a pas eu l'occasion de réparer une forme de préjudice dans des circonstances où la protection aurait pu raisonnablement être assurée:

A refugee may establish a well-founded fear of persecution when the official authorities are not persecuting him if they refuse or are unable to offer him adequate protection from his persecutors . . . however, he must show that he sought their protection when he is convinced, as he is in the case at bar, that the official authorities—when accessible—had no involvement—direct or indirect, official or unofficial—in the persecution against him. (*José Maria da Silva Moreira*, Immigration Appeal Board Decision T86-10370, April 8, 1987, at 4, *per V. Fatsis*.)

This is not true in all cases. Most states would be willing to attempt to protect when an objective assessment established that they are not able to do this effectively. Moreover, it would seem to defeat the purpose of international protection if a claimant would be required to risk his or her life seeking ineffective protection of a state, merely to demonstrate that ineffectiveness.

Like Hathaway, I prefer to formulate this aspect of the test for fear of persecution as follows: only in situations in which state protection “might reasonably have been forthcoming”, will the claimant’s failure to approach the state for protection defeat his claim. Put another way, the claimant will not meet the definition of “Convention refugee” where it is objectively unreasonable for the claimant not to have sought the protection of his home authorities; otherwise, the claimant need not literally approach the state.

The issue that arises, then, is how, in a practical sense, a claimant makes proof of a state’s inability to protect its nationals as well as the reasonable nature of the claimant’s refusal actually to seek out this protection. On the facts of this case, proof on this point was unnecessary, as representatives of the state authorities conceded their inability to protect Ward. Where such an admission is not available, however, clear and convincing confirmation of a state’s inability to protect must be provided. For example, a claimant might advance testimony of similarly situated individuals let down by the state

Un réfugié peut prouver une crainte bien fondée d’être persécuté lorsque les autorités officielles ne le persécutent pas, mais qu’elle refusent ou sont incapables de lui offrir une protection adéquate contre ses persécuteurs . . . toutefois, il doit démontrer qu’il a demandé leur protection une fois convaincu, comme c’est le cas en l’espèce, que les autorités officielles—lorsqu’elles étaient accessibles—n’avaient rien à voir—de façon directe ou indirecte, officielle ou non officielle—dans la persécution dont il faisait l’objet. (*José Maria da Silva Moreira*, décision T86-10370 de la Commission d’appel de l’immigration, 8 avril 1987, aux pp. 4 et 5, V. Fatsis.)

Ce n’est pas vrai dans tous les cas. La plupart des États seraient prêts à tenter d’assurer la protection, alors qu’une évaluation objective a établi qu’ils ne peuvent pas le faire efficacement. En outre, le fait que le demandeur doive mettre sa vie en danger en sollicitant la protection inefficace d’un État, simplement pour démontrer cette inefficacité, semblerait aller à l’encontre de l’objet de la protection internationale.

Comme Hathaway, je préfère formuler cet aspect du critère de crainte de persécution comme suit: l’omission du demandeur de s’adresser à l’État pour obtenir sa protection fera échouer sa revendication seulement dans le cas où la protection de l’État [TRADUCTION] «aurait pu raisonnablement être assurée». En d’autres termes, le demandeur ne sera pas visé par la définition de l’expression «réfugié au sens de la Convention» s’il est objectivement déraisonnable qu’il n’ait pas sollicité la protection de son pays d’origine; autrement, le demandeur n’a pas vraiment à s’adresser à l’État.

Il s’agit donc de savoir comment, en pratique, un demandeur arrive à prouver l’incapacité de l’État de protéger ses ressortissants et le caractère raisonnable de son refus de solliciter réellement cette protection. D’après les faits de l’espèce, il n’était pas nécessaire de prouver ce point car les représentants des autorités de l’État ont reconnu leur incapacité de protéger Ward. Toutefois, en l’absence de pareil aveu, il faut confirmer d’une façon claire et convaincante l’incapacité de l’État d’assurer la protection. Par exemple, un demandeur pourrait présenter le témoignage de personnes

protection arrangement or the claimant's testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize. Absent some evidence, the claim should fail, as nations should be presumed capable of protecting their citizens. Security of nationals is, after all, the essence of sovereignty. Absent a situation of complete breakdown of state apparatus, such as that recognized in Lebanon in *Zalzali*, it should be assumed that the state is capable of protecting a claimant.

The Federal Court of Appeal's disposition in *Satiacum* may best be explained as exemplifying such a case of presumption of a state's ability to protect and of objective unreasonability in the claimant's failure to avail himself of this protection. In that case, an American Indian chief who was convicted of federal criminal charges fled to Canada before sentencing. Arrested in Canada a year later, he claimed refugee status. The persecution he alleged to have feared was a risk to his life if incarcerated in a federal prison. The Federal Court of Appeal found that *Satiacum*'s fear did not meet the objective component of the test for fear of persecution, as it must be presumed that the United States judicial system is effective in affording a citizen just treatment. The court stated, at p. 176:

In the absence of exceptional circumstances established by the claimant, it seems to me that in a Convention refugee hearing, as in an extradition hearing, Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country. In the case of a nondemocratic State, contrary evidence might be readily forthcoming, but in relation to a democracy like the United States contrary evidence might have to go to the extent of substantially impeaching, for example, the jury selection process in the relevant part of the country, or the independence or fair-mindedness of the judiciary itself.

qui sont dans une situation semblable à la sienne et que les dispositions prises par l'État pour les protéger n'ont pas aidées, ou son propre témoignage au sujet d'incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l'État ne s'est pas concrétisée. En l'absence d'une preuve quelconque, la revendication devrait échouer, car il y a lieu de présumer que les nations sont capables de protéger leurs citoyens. La sécurité des ressortissants constitue, après tout, l'essence de la souveraineté. En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique, comme celui qui a été reconnu au Liban dans l'arrêt *Zalzali*, il y a lieu de présumer que l'État est capable de protéger le demandeur.

L'arrêt *Satiacum* de la Cour d'appel fédérale peut mieux s'expliquer comme illustrant un tel cas de présomption de la capacité de l'État d'assurer une protection et du caractère objectivement déraisonnable de l'omission du demandeur de se réclamer de cette protection. Dans cette affaire, un chef autochtone américain qui avait été reconnu coupable relativement à des accusations criminelles fédérales s'était enfui au Canada avant le prononcé de la sentence. Arrêté au Canada un an plus tard, il a revendiqué le statut de réfugié. Il a allégué que la persécution qu'il avait crainte mettrait sa vie en danger s'il était incarcéré dans un établissement fédéral. La Cour d'appel fédérale a conclu que la crainte de *Satiacum* ne satisfaisait pas à l'élément objectif du critère de la crainte de persécution, car il faut présumer que le système judiciaire américain est en mesure de traiter un citoyen d'une manière équitable. La cour affirme ceci, à la p. 176:

En l'absence d'une preuve de circonstances exceptionnelles faite par le revendicateur, il me semble que lors de l'audition d'une revendication du statut de réfugié, comme dans une requête en extradition, les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu'il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. Dans le cas d'un État non démocratique, il peut être facile de faire la preuve contraire, mais en ce qui a trait à un État démocratique comme les États-Unis, il se peut qu'il faille aller jusqu'à démontrer, par exemple, que le processus de sélection du jury est gravement atteint dans la région en question ou que l'indépendance ou le sens de l'équité des juges est en cause.

Although this presumption increases the burden on the claimant, it does not render illusory Canada's provision of a haven for refugees. The presumption serves to reinforce the underlying rationale of international protection as a surrogate, coming into play where no alternative remains to the claimant. Refugee claims were never meant to allow a claimant to seek out better protection than that from which he or she benefits already.

In summary, I find that state complicity is not a necessary component of persecution, either under the "unwilling" or under the "unable" branch of the definition. A subjective fear of persecution combined with state inability to protect the claimant creates a presumption that the fear is well-founded. The danger that this presumption will operate too broadly is tempered by a requirement that clear and convincing proof of a state's inability to protect must be advanced. I recognize that these conclusions broaden the range of potentially successful refugee claims beyond those involving feared persecution at the hands of the claimant's nominal government. As long as this persecution is directed at the claimant on the basis of one of the enumerated grounds, I do not think the identity of the feared perpetrator of the persecution removes these cases from the scope of Canada's international obligations in this area. On this note, I now turn to a consideration of these enumerated grounds.

B. *Membership in a Particular Social Group*

Section 2(1) of the Act limits the grounds for a Convention refugee's well-founded fear of persecution to five possibilities: "race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion". The appellant justifies his claim to Convention refugee status on the basis of his well-founded fear of persecution at the hands of the INLA, should he return to Northern Ireland, by reason of his membership in a particular social group, i.e., the INLA. The first issue to be addressed, therefore, is the scope of "particular

Bien que cette présomption accroisse l'obligation qui incombe au demandeur, elle ne rend pas illusoire la fourniture par le Canada d'un havre pour les réfugiés. La présomption sert à renforcer la raison d'être de la protection internationale à titre de mesure auxiliaire qui entre en jeu si le demandeur ne dispose d'aucune solution de rechange. Les revendications du statut de réfugié n'ont jamais été destinées à permettre à un demandeur de solliciter une meilleure protection que celle dont il bénéficie déjà.

Bref, je conclus que la complicité de l'État n'est pas un élément nécessaire de la persécution, que ce soit sous le volet «ne veut» ou sous le volet «ne peut» de la définition. Une crainte subjective de persécution conjuguée à l'incapacité de l'État de protéger le demandeur engendre la présomption que la crainte est justifiée. Le danger que cette présomption ait une application trop générale est atténué par l'exigence d'une preuve claire et convaincante de l'incapacité d'un État d'assurer la protection. Je reconnais que ces conclusions élargissent l'éventail des revendications du statut de réfugié auxquelles il sera peut-être fait droit au delà de celles qui comportent la crainte d'être persécuté par le gouvernement nominal du demandeur. Dans la mesure où cette persécution vise le demandeur pour l'un des motifs énumérés, je ne crois pas que l'identité de l'auteur redouté de la persécution a pour effet de soustraire ces cas aux obligations internationales du Canada dans ce domaine. Sur ce, je passe maintenant à l'examen des motifs énumérés.

B. *Appartenance à un groupe social*

Le paragraphe 2(1) de la Loi limite à cinq possibilités les motifs pour lesquels un réfugié au sens de la Convention peut craindre avec raison d'être persécuté: la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social ou les opinions politiques. L'appelant justifie sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention en affirmant qu'il craint avec raison d'être persécuté par l'INLA s'il retourne en Irlande du Nord, du fait de son appartenance à un groupe social, c.-à-d. l'INLA. Par conséquent, il s'agit d'abord de déter-

social group” and whether this enumerated basis of persecution embraces INLA members.

Attempts at defining the range of the category of “particular social group” in this case were not made until reaching the Federal Court of Appeal. The Immigration Appeal Board did not broach the issue, seemingly assuming that the INLA did indeed constitute a particular social group. In the Court of Appeal, the majority adopted a very narrow definition, at p. 674, excluding “groups who by acts of terrorism seek to promote their aims, in this case the overthrow of the duly constituted authority”. MacGuigan J.A., on the other hand, delineated the reach of this category loosely, at p. 689, including within it any “stable association with common purposes”. In my opinion, the proper scope of “particular social group” lies in between these two extremes, but would still exclude from its ambit Ward’s membership in the INLA.

Canadian jurisprudence in which “particular social group” is interpreted has, until very recently, been quite sparse; the cases that did deal with this notion were usually handled on their own particular facts and lacked guidance with respect to a more general interpretation of the category: see *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.), *Arrechea Gonzalez v. Minister of Employment and Immigration*, [1991] F.C.J. No. 408 (Q.L.), *Ahmed v. Minister of Employment and Immigration*, [1990] F.C.J. No. 962 (Q.L.), *Lai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245, *Cruz v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47, *Nalliah v. Minister of Employment and Immigration* (1987), I.A.B.D. M84-1642, *Escoto v. Minister of Employment and Immigration* (1987), I.A.B.D. T87-9024X, *Incirciyan v. Minister of Employment and Immigration* (1987), I.A.B.D. M87-1541X/M87-1248 and *Balareso v. Minister of Employment and Immigration* (1985), I.A.B.D. M83-1542. Recently, the Federal Court of Appeal has begun to articulate a test which attempts to achieve a middle ground between the two positions advanced by the majority and the minority in the

miner la portée de l’expression «groupe social» et de décider si ce motif énuméré de persécution vise les membres de l’INLA.

En l’espèce, ce n’est qu’en Cour d’appel fédérale qu’on a tenté de définir l’étendue de la catégorie «groupe social». La Commission d’appel de l’immigration n’a pas abordé la question, car elle semblait présumer que l’INLA constituait en fait un groupe social. La Cour d’appel à la majorité adopte, à la p. 674, une définition très stricte, excluant «les groupes qui cherchent par des actes de terrorisme à promouvoir leur fin, en l’espèce le renversement de l’autorité dûment constituée». Par ailleurs, à la p. 689, le juge MacGuigan délimite assez librement l’étendue de cette catégorie, en y incluant «des objectifs communs dans une association stable». À mon avis, la portée qu’il convient de donner à l’expression «groupe social» se situe entre ces deux extrêmes, mais exclurait néanmoins l’appartenance de Ward à l’INLA.

La jurisprudence canadienne dans laquelle l’expression «groupe social» est interprétée était, jusqu’à tout récemment, fort peu abondante; les affaires dans lesquelles cette notion intervenait étaient habituellement traitées en fonction de leurs propres faits, et n’étaient pas orientées vers une interprétation plus générale de la catégorie; voir *Astudillo c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.), *Arrechea Gonzalez c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1991] A.C.F. n° 408 (Q.L.), *Ahmed c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1990] A.C.F. n° 962 (Q.L.), *Lai c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245, *Cruz c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47, *Nalliah c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1987), D.C.A.I. M84-1642, *Escoto c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1987), D.C.A.I. T87-9024X, *Incirciyan c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1987), D.C.A.I. M87-1541X/M87-1248, et *Balareso c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1985), D.C.A.I. M83-1542. Récemment, la Cour d’appel fédérale a commencé à formuler un critère qui se veut un moyen terme entre les deux positions avancées par les juges formant

Court of Appeal in the present case: see *Cheung v. Minister of Employment and Immigration*, [1993] F.C.J. No. 309 (Q.L.), and *Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 729. I shall address these two decisions in some detail below. International and foreign sources are also of considerable significance in the study of the meaning of “particular social group” and specifically in evaluating the test proposed recently by the Federal Court of Appeal. An examination of the Canadian and foreign doctrine and jurisprudence reveals three advocated approaches:

(1) A very wide definition, similar to that adopted by MacGuigan J.A., pursuant to which the class serves as a safety net to prevent any possible gap in the other four categories;

(2) A narrower definition that confines its scope by means of some appropriate limiting mechanism, recognizing that this class is not meant to encompass all groups; and

(3) An even narrower definition, paralleling that formulated by the majority of the Federal Court of Appeal, that responds to concerns about morality and criminality by excluding terrorists, criminals and the like.

I shall consider each of these suggested definitions in turn.

“Particular Social Group” as Safety Net

The broad definition of “particular social group”, comprising basically any alliance of individuals with a common objective, is most forcefully advocated by Arthur C. Helton, Director of the Political Asylum Project of the Lawyers Committee for International Human Rights. In his article, “Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status” (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39, at p. 45, Helton sets out his view of the scope of this category in these terms:

la majorité et ceux formant la minorité en Cour d’appel en l’espèce; voir *Cheung c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1993] A.C.F. n° 309 (Q.L.), et *Mayers c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 729. J’examinerai de façon assez détaillée ces deux décisions plus loin. Les sources internationales et étrangères ont également une importance considérable lorsqu’il s’agit d’étudier le sens de l’expression «groupe social» et, en particulier, d’évaluer le critère récemment proposé par la Cour d’appel fédérale. L’examen de la doctrine et de la jurisprudence canadiennes et étrangères révèle que trois solutions sont prônées:

(1) une définition très générale, semblable à celle que le juge MacGuigan a adoptée, selon laquelle la catégorie sert de filet de sécurité destiné à parer à toute lacune possible dans les quatre autres catégories;

(2) une définition plus étroite dont la portée est limitée par quelque mécanisme restrictif approprié, reconnaissant que cette catégorie n’est pas destinée à englober tous les groupes; et

(3) une définition encore plus étroite, semblable à celle formulée par la Cour d’appel fédérale à la majorité, qui répond aux inquiétudes exprimées au sujet de la moralité et de la criminalité en excluant les terroristes, les criminels et autres individus de même acabit.

Je vais examiner à tour de rôle chacune de ces définitions proposées.

Le «groupe social» en tant que filet de sécurité

La définition générale de l’expression «groupe social», comprenant essentiellement toute alliance d’individus ayant un objectif commun, est le plus vigoureusement préconisée par Arthur C. Helton, directeur du Political Asylum Project du Lawyers Committee for International Human Rights. Dans son article intitulé «Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status» (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39, à la p. 45, Helton exprime ainsi son point de vue au sujet de l’étendue de cette catégorie:

The intent of the framers of the Refugee Convention was not to redress prior persecution of social groups, but rather to save individuals from future injustice. The “social group” category was meant to be a catch-all which could include all the bases for and types of persecution which an imaginative despot might conjure up.

Isi Foighel refers to this category as a “safety net”. “[T]his category”, he states, “was to include also race and ethnicity and, furthermore, was to operate as a kind of comprehensive provision for the categories of persons, who had a legitimate claim upon being considered refugees in the international sense, although they were not clearly included in the categories specifically mentioned”. See Isi Foighel, “The Legal Status of the Boat-People”, 48 *Nordisk Tidsskrift for International Relations* 217, at pp. 222-23. This interpretation essentially characterizes an association of people as a “particular social group” merely by virtue of their common victimization as the objects of persecution.

This wide approach has been promoted by several other writers in the field. Guy Goodwin-Gill, in *The Refugee in International Law*, *supra*, at p. 30, describes as essential to the definition “the factor of shared interests, values, or background—a combination of matters of choice with other matters over which members of the group have no control”. Goodwin-Gill goes so far so as to enumerate as relevant uniting characteristics, in addition to ethnic, cultural and linguistic origin, education and family background, the factors of economic activity, shared values, outlook and aspirations. Daniel Compton, in “Asylum for Persecuted Social Groups: A Closed Door Left Slightly Ajar—*Sanchez-Trujillo v. INS*, 801 F.2d 1571 (9th Cir. 1986)” (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913, at p. 923, delimits the broad range of “particular social group” as “a recognized grouping within a society, a group that shares some common experience”. Occasionally, it is true, these writers appear to qualify their approach somewhat by referring to “legitimate” groups or “invidious” persecution. But their essential theme remains that as long as

[TRADUCTION] L’intention des rédacteurs de la Convention sur les réfugiés n’était pas de remédier à la persécution antérieure de groupes sociaux, mais plutôt de protéger les particuliers contre toute injustice future. La catégorie du «groupe social» était destinée à être une catégorie fourre-tout pouvant comprendre tous les motifs et genres de persécution qu’un despote imaginaire pourrait inventer.

Isi Foighel qualifie de [TRADUCTION] «filet de sécurité» cette catégorie. [TRADUCTION] «[C]ette catégorie», dit-il, «devait comprendre également la race et l’ethnie et devait en outre s’appliquer d’une façon exhaustive aux catégories de personnes qui, une fois considérées comme des réfugiés au sens international, avaient une revendication légitime bien qu’elles ne fussent pas clairement comprises dans les catégories expressément mentionnées». Voir Isi Foighel, «The Legal Status of the Boat-People», 48 *Nordisk Tidsskrift for International Relations* 217, aux pp. 222 et 223. Selon cette interprétation, une association de gens est essentiellement un «groupe social» du seul fait de leur victimisation commune en tant qu’objets de persécution.

Cette interprétation large a été préconisée par plusieurs autres auteurs en la matière. Dans *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, à la p. 30, Guy Goodwin-Gill dit que [TRADUCTION] «le fait d’avoir des intérêts, des valeurs ou des antécédents communs—des questions de choix combinées à d’autres questions sur lesquelles les membres du groupe n’ont aucun contrôle» est essentiel à la définition. Goodwin-Gill va jusqu’à énumérer comme caractéristiques unificatrices pertinentes, outre l’origine ethnique, culturelle et linguistique, l’instruction et les antécédents familiaux, les facteurs de l’activité économique, des valeurs partagées, de la façon de voir les choses et des aspirations. Dans «Asylum for Persecuted Social Groups: A Closed Door Left Slightly Ajar—*Sanchez-Trujillo v. INS*, 801 F.2d 1571 (9th Cir. 1986)» (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913, à la p. 923, Daniel Compton délimite la portée générale de l’expression «groupe social» comme [TRADUCTION] «un groupement reconnu dans une société, un groupe qui partage une certaine expérience commune». Il est vrai que ces auteurs semblent

some common thread binds the set of individuals together, whether on the basis of background, habits or status, the requirement that the feared persecution be based on membership in a particular social group is met.

The proponents of this expansive view rely on the genesis of the category of “particular social group”. It was suggested as a last-minute expansion of the Convention’s definition of “refugee” by the Swedish delegate (A/CONF.2/SR.3, at p. 14):

Mr. PETREN (Sweden)

In the first place, experience had shown that certain refugees had been persecuted because they belonged to particular social groups. The draft Convention made no provision for such cases, and one designed to cover them should accordingly be included.

The proponents of the liberal approach justify their position by seizing upon this limited discussion of the addition’s background. Grahl-Madsen, *supra*, at p. 219, justifies his wide definition, for example, on the basis of the intent of the framers. He asserts:

The reason ‘membership of a particular social group’ was added by the Conference of Plenipotentiaries as [*sic*] an afterthought. Many cases falling under this term are also covered by the terms discussed above, but the notion of ‘social group’ is of broader application than the combined notions of racial, ethnic, and religious groups, and in order to stop a possible gap, the Conference felt that it would be as well to mention this reason for persecution explicitly.

Others make the same point; see Maureen Graves, “From Definition to Exploration: Social Groups and Political Asylum Eligibility” (1989), 26 *San Diego L. Rev.* 739, at pp. 747-49; Compton, *supra*, at pp. 925-26.

In my view, the supporters of the wide definition exaggerate the implications of the intention of

parfois nuancer quelque peu leur interprétation en parlant de groupes [TRADUCTION] «légitimes» ou de persécution [TRADUCTION] «odieuse». Cependant, il reste qu’ils disent essentiellement que, dans la mesure où l’ensemble des individus ont certains points en commun, qu’il s’agisse de l’origine, du mode de vie ou du statut, on satisfait à l’exigence que la crainte d’être persécuté soit fondée sur l’appartenance à un groupe social.

Les défenseurs de cette interprétation large se fondent sur l’origine de la catégorie du «groupe social». Cette interprétation a été proposée à la dernière minute par le délégué suédois qui voulait élargir la définition de l’expression «réfugié» figurant dans la Convention (A/CONF.2/SR.3, à la p. 14):

[TRADUCTION] M. PETREN (Suède) . . .

En premier lieu, l’expérience a montré que certains réfugiés avaient été persécutés parce qu’ils faisaient partie de groupes sociaux particuliers. L’avant-projet de Convention ne prévoyait pas pareils cas et une disposition devrait donc être incluse à cet égard.

Les défenseurs de l’interprétation libérale justifient leur position en se fondant sur cette analyse limitée de l’historique de l’ajout. Ainsi, Grahl-Madsen, *op. cit.*, à la p. 219, justifie la définition large qu’il donne en se fondant, par exemple, sur l’intention des rédacteurs. Il affirme ceci:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle l’expression «appartenance à un groupe social» a été ajoutée après coup par la Conférence des plénipotentiaires (*sic*). De nombreux cas englobés par cette expression sont également visés par les expressions examinées ci-dessus, mais la notion de «groupe social» a une application plus large que les notions combinées de groupes raciaux, ethniques et religieux et, afin de combler une lacune possible, la Conférence croyait que l’on ferait aussi bien de mentionner expressément ce motif de persécution.

D’autres font remarquer la même chose; voir Maureen Graves, «From Definition to Exploration: Social Groups and Political Asylum Eligibility» (1989), 26 *San Diego L. Rev.* 739, aux pp. 747 à 749; Compton, *loc. cit.*, aux pp. 925 et 926.

À mon avis, ceux qui prônent la définition générale exagèrent les répercussions de l’intention des

the framers. The fact that this class was added to enlarge the range of cases falling within the definition of "refugee" therein was initially a Cold War reaction aimed at ensuring a haven for capitalists fleeing the persecution they encountered in Eastern Bloc regimes after World War II. Daniel Compton, *supra*, made this historical observation at pp. 925-26:

The most well-known examples of social group-based persecution at [the time of drafting the Convention] occurred in Eastern Europe following the rise of the Communist regimes. Subsequent cases from European courts of nations party to the Convention have recognized, for example, the "capitalist class" and "independent businessmen" and their families as valid social groups in granting refugee status to persons fleeing Eastern Europe. Examples such as these are probably what the Swedes had in mind.

See also R. Plender, "Admission of Refugees: Draft Convention on Territorial Asylum" (1977-78), 15 *San Diego L. Rev.* 45, at p. 52; and Grahl-Madsen, *supra*, at pp. 219-20, who reviews the foreign jurisprudence on these Cold War cases. The persecution in the "Cold War cases" was imposed upon the capitalists not because of their contemporaneous activities but because of their past status as ascribed to them by the Communist leaders. Given this historical origin, the definition of "particular social group" must, at the very least, embrace these types of situations. The scope of "particular social group", however, was not meant to be limited to that specific historical circumstance and no one has ever so contended. The ambit of this portion of the definition of "Convention refugee" must be evaluated on the basis of the basic principles underlying the treaty.

As explained earlier, international refugee law was meant to serve as a "substitute" for national protection where the latter was not provided. For this reason, the international role was qualified by built-in limitations. These restricting mechanisms

rédateurs. Au départ, cette catégorie a été ajoutée pour élargir l'éventail des cas visés par la définition du terme «réfugié» qu'on y trouve, et ce, en réponse à la guerre froide afin d'assurer un havre aux capitalistes qui fuyaient la persécution à laquelle ils faisaient face dans les régimes du bloc de l'Est, après la Deuxième guerre mondiale. Daniel Compton, *loc. cit.*, fait l'observation historique suivante, aux pp. 925 et 926:

[TRADUCTION] Les cas les plus connus de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social au [moment où la Convention a été rédigée] se sont produits en Europe de l'Est après l'avènement des régimes communistes. Dans des affaires subséquentes devant des tribunaux européens de nations qui étaient parties à la Convention, on a reconnu, par exemple, la «catégorie des capitalistes» ainsi que les «hommes d'affaires indépendants» et leurs familles en tant que groupes sociaux réguliers, lorsqu'il s'agissait d'accorder le statut de réfugié à des personnes qui fuyaient l'Europe de l'Est. Des exemples de ce genre sont probablement ce à quoi songeaient les Suédois.

Voir également R. Plender, «Admission of Refugees: Draft Convention on Territorial Asylum» (1977-78), 15 *San Diego L. Rev.* 45, à la p. 52, et Grahl-Madsen, *op. cit.*, aux pp. 219 et 220, pour un examen de la jurisprudence étrangère relative à ces affaires de guerre froide. Dans les «affaires de guerre froide», les capitalistes étaient persécutés non pas à cause de leurs activités contemporaines, mais à cause de la situation antérieure que leur imputaient les leaders communistes. Compte tenu de cette origine historique, la définition de l'expression «groupe social» doit tout au moins viser ces genres de situations. Toutefois, la portée de l'expression «groupe social» n'était pas destinée à être limitée à cette situation historique précise et personne n'a jamais soutenu cela. La portée de cette partie de la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» doit être évaluée en fonction des principes fondamentaux qui sous-tendent le traité.

Comme nous l'avons déjà expliqué, le droit international relatif aux réfugiés était destiné à servir de «substitut» à la protection nationale si celle-ci n'était pas fournie. C'est pourquoi le rôle international était assujéti à des limitations intrin-

reflect the fact that the international community did not intend to offer a haven for all suffering individuals. The need for "persecution" in order to warrant international protection, for example, results in the exclusion of such pleas as those of economic migrants, i.e., individuals in search of better living conditions, and those of victims of natural disasters, even when the home state is unable to provide assistance, although both of these cases might seem deserving of international sanctuary.

Similarly, the drafters of the Convention limited the included bases for a well-founded fear of persecution to "race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion". Although the delegates inserted the social group category in order to cover any possible lacuna left by the other four groups, this does not necessarily lead to the conclusion that any association bound by some common thread is included. If this were the case, the enumeration of these bases would have been superfluous; the definition of "refugee" could have been limited to individuals who have a well-founded fear of persecution without more. The drafters' decision to list these bases was intended to function as another built-in limitation to the obligations of signatory states. The issue that arises, therefore, is the demarcation of this limit.

The UNHCR Handbook does not appear to address this issue specifically. Paragraphs 77-79 deal with the meaning of "*membership of a particular social group*":

77. A "particular social group" normally comprises persons of similar background, habits or social status. A claim to fear of persecution under this heading may frequently overlap with a claim to fear of persecution on other grounds, i.e. race, religion or nationality.

78. Membership of such a particular social group may be at the root of persecution because there is no confidence in the group's loyalty to the Government or because the political outlook, antecedents or economic

sèques. Ces mécanismes restrictifs montrent que la communauté internationale n'avait pas l'intention d'offrir un refuge à toutes les personnes qui souffrent. Par exemple, la «persécution» nécessaire pour justifier la protection internationale entraîne l'exclusion de suppliques comme celles des migrants économiques, c'est-à-dire des personnes à la recherche de meilleures conditions de vie, ou des victimes de catastrophes naturelles, même si l'État d'origine ne peut pas les aider, quoique les personnes dans ces deux cas puissent sembler mériter l'asile international.

De même, les rédacteurs de la Convention ont limité les motifs énumérés de crainte justifiée de persécution à la race, à la religion, à la nationalité, à l'appartenance à un groupe social ou aux opinions politiques. Même si les délégués ont inclus la catégorie du groupe social afin de combler toute lacune possible laissée par les quatre autres groupes, cela n'amène pas nécessairement à conclure que toute association ayant certains points en commun est incluse. Si c'était le cas, il aurait été inutile d'énumérer ces motifs; la définition du mot «réfugié» aurait pu être limitée sans plus aux personnes qui craignent avec raison d'être persécutées. Les rédacteurs ont décidé d'énumérer ces motifs afin de fixer une autre limite intrinsèque aux obligations des États signataires. Il s'agit donc de déterminer la ligne de démarcation de cette limite.

Le Guide du HCNUR ne semble pas aborder expressément cette question. Les paragraphes 77 à 79 portent sur le sens de l'expression «*appartenance à un certain groupe social*»:

77. Par «un certain groupe social», on entend normalement des personnes appartenant à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social. La crainte d'être persécuté du fait de cette appartenance se confondra souvent en partie avec une crainte d'être persécuté pour d'autres motifs, tels que la race, la religion ou la nationalité.

78. L'appartenance à un certain groupe social peut être à l'origine de persécutions parce que les prises de position politique, les antécédents ou l'activité économique de ses membres, voire l'existence même du groupe social

activity of its members, or the very existence of the social group as such, is held to be an obstacle to the Government's policies.

79. Mere membership of a particular social group will not normally be enough to substantiate a claim to refugee status. There may, however, be special circumstances where mere membership can be a sufficient ground to fear persecution.

The language is sufficiently general that it may, on one view of the matter, be interpreted as accepting the expansive approach just discussed. But that is far from certain. The handbook may, I think, with equal consistency, be read more narrowly. That, having regard to the context and purpose of the treaty, appears to me to be the better approach.

"Particular Social Group" Limited by Anti-Discrimination Notions

Underlying the Convention is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination. This is indicated in the preamble to the treaty as follows:

CONSIDERING that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination.

This theme outlines the boundaries of the objectives sought to be achieved and consented to by the delegates. It sets out, in a general fashion, the intention of the drafters and thereby provides an inherent limit to the cases embraced by the Convention. Hathaway, *supra*, at p. 108, thus explains the impact of this general tone of the treaty on refugee law:

The dominant view, however, is that refugee law ought to concern itself with actions which deny human dignity in any key way, and that the sustained or systemic denial of core human rights is the appropriate standard.

This theme sets the boundaries for many of the elements of the definition of "Convention refugee".

en tant que tel, sont considérés comme un obstacle à la mise en œuvre des politiques gouvernementales.

79. Normalement, la simple appartenance à un certain groupe social ne suffira pas à établir le bien-fondé d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Il peut cependant y avoir des circonstances particulières où cette simple appartenance suffit pour craindre des persécutions.

Le langage utilisé est suffisamment général pour être interprété, sous un certain angle, comme étant conforme à l'interprétation large que nous venons d'examiner. Toutefois, la chose est loin d'être certaine. À mon avis, le Guide peut tout aussi bien être interprété plus strictement. Compte tenu du contexte et de l'objet du traité, cela me semble être la meilleure solution.

Le «groupe social» limité par des notions anti-discriminatoires

La Convention repose sur l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne. C'est ce qu'indique le préambule du traité:

CONSIDÉRANT que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce thème donne un aperçu des limites des objectifs que les délégués cherchaient à atteindre et dont ils avaient convenu. Il énonce, d'une façon générale, l'intention des rédacteurs et fixe de ce fait une limite inhérente aux cas visés par la Convention. Hathaway, *op. cit.*, à la p. 108, explique ainsi l'incidence de ce ton général du traité sur le droit relatif aux réfugiés:

[TRADUCTION] Toutefois, le point de vue dominant est que le droit relatif aux réfugiés devrait s'appliquer aux actions qui nient d'une manière fondamentale la dignité humaine, et que la négation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne est la norme appropriée.

Ce thème fixe les limites de bien des éléments de la définition de l'expression «réfugié au sens de la

“Persecution”, for example, undefined in the Convention, has been ascribed the meaning of “sustained or systemic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection”; see Hathaway, *supra*, at pp. 104-5. So too Goodwin-Gill, *supra*, at p. 38, observes that “comprehensive analysis requires the general notion [of persecution] to be related to developments within the broad field of human rights”. This has recently been recognized by the Federal Court of Appeal in the *Cheung* case.

In similar fashion, the enumeration of specific foundations upon which the fear of persecution may be based to qualify for international protection parallels the approach adopted in international anti-discrimination law. Thus Goodwin-Gill, *supra*, at p. 39, notes:

The references to ‘race, religion, nationality, membership of [sic] a particular social group, or political opinion’ illustrate briefly the characteristics of individuals and groups which are considered worthy of special protection. These same factors have figured in the development of the fundamental principle of non-discrimination in general international law, and have contributed to the formulation of other fundamental human rights.

In distilling the contents of the head of “particular social group”, therefore, it is appropriate to find inspiration in discrimination concepts. Hathaway, *supra*, at pp. 135-36, explains that the anti-discrimination influence in refugee law is justified on the basis of those sought to be protected thereby:

The early refugee accords did not articulate this notion of disfranchisement or breakdown of basic membership rights, since refugees were defined simply by specific national, political, and religious categories, including anti-Communist Russians, Turkish Armenians, Jews from Germany, and others. The *de facto* uniting criterion, however, was the shared marginalization of the groups in their states of origin, with consequent inability to vindicate their basic human rights at home. These early refugees were not merely suffering persons, but were moreover persons whose position was fundamentally at odds with the power structure in their home state. It was the lack of a meaningful stake in the gov-

Convention». Par exemple, on a donné le sens suivant au mot «persécution» qui n’est pas défini dans la Convention: [TRADUCTION] «violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne démontrant l’absence de protection de l’État»; voir Hathaway, *op. cit.*, aux pp. 104 et 105. Goodwin-Gill, *op. cit.*, fait lui aussi remarquer, à la p. 38, que [TRADUCTION] «l’analyse exhaustive exige que la notion générale [de persécution] soit liée à l’évolution constatée dans le domaine général des droits de la personne». C’est ce que la Cour d’appel fédérale a récemment reconnu dans l’affaire *Cheung*.

De même, l’énumération des motifs précis sur lesquels la crainte de persécution peut être fondée pour donner lieu à la protection internationale est semblable à la méthode adoptée en droit international relatif à la discrimination. Ainsi, à la p. 39, Goodwin-Gill, *op. cit.*, fait observer:

[TRADUCTION] En mentionnant la race, la religion, la nationalité, l’appartenance à un groupe social ou les opinions politiques, on indique brièvement les caractéristiques des personnes et groupes considérés comme méritant une protection spéciale. Ces mêmes facteurs étaient présents dans l’établissement du principe fondamental de la non-discrimination en droit international général, et ont contribué à la formulation d’autres droits fondamentaux de la personne.

Il est donc opportun de s’inspirer des notions de discrimination pour dégager le contenu de l’expression «groupe social». Hathaway, *op. cit.*, aux pp. 135 et 136, explique que l’influence antidiscriminatoire dans le droit relatif aux réfugiés est justifiée, compte tenu des personnes qu’on cherche ainsi à protéger:

[TRADUCTION] Les anciennes conventions sur les réfugiés ne mentionnaient pas cette notion de privation ou de ventilation des droits fondamentaux d’appartenance, car les réfugiés étaient simplement définis par des catégories nationales, politiques et religieuses précises, comme les Russes anticommunistes, les Arméniens turcs, les Juifs de l’Allemagne, et ainsi de suite. Toutefois, le critère unificateur de fait était la marginalisation partagée des groupes dans leurs États d’origine, avec l’incapacité qui en découlait de revendiquer chez eux leurs droits fondamentaux de la personne. Ces anciens réfugiés n’étaient pas simplement des personnes qui souffraient, mais étaient aussi des personnes dont la

ernance of their own society which distinguished them from others, and which gave legitimacy to their desire to seek protection abroad.

The manner in which groups are distinguished for the purposes of discrimination law can thus appropriately be imported into this area of refugee law.

This theme of international concern for discrimination and human rights seems to underlie the recent trend in the jurisprudence of the Federal Court of Appeal. In *Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*, the court reviewed the decision of a credible basis panel. Pursuant to this decision, it was found that there was some evidence upon which the Refugee Division might determine the applicant to be a Convention refugee in her claim to fear persecution on the basis of membership in the particular social group of "Trinidadian women subject to wife abuse". Although not strictly necessary to this review, Mahoney J.A. addressed the question of whether this group could meet the definition of Convention refugee. In doing so, he articulated the following test, at p. 737, proposed by counsel for the applicant:

... a particular social group means: (1) a natural or non-natural group of persons with (2) similar shared background, habits, social status, political outlook, education, values, aspirations, history, economic activity or interests, often interests contrary to those of the prevailing government, and (3) sharing basic, innate, unalterable characteristics, consciousness and solidarity, or (4) sharing a temporary but voluntary status, with the purpose of their association being so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it.

In *Cheung v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, the court was more directly confronted with the question of the test for "particular social group", in deciding whether women in China who have more than one child and are faced

position était fondamentalement en désaccord avec l'organisation du pouvoir dans leur État d'origine. C'était le manque d'intérêt réel dans le gouvernement de leur propre société qui les distinguait des autres et qui légitimait leur désir de chercher une protection à l'étranger.

La façon de distinguer les groupes aux fins du droit relatif à la discrimination peut donc à bon droit s'appliquer à ce domaine du droit relatif aux réfugiés.

Cette préoccupation internationale au sujet de la discrimination et des droits de la personne semble être à l'origine de la tendance qui s'est récemment manifestée dans la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale. Dans *Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, la cour a examiné la décision du tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement. Aux termes de cette décision, on a conclu que certains éléments de preuve permettaient à la section du statut de réfugié de conclure que la requérante était une réfugiée au sens de la Convention parce qu'elle craignait d'être persécutée du fait de son appartenance au groupe social des «Trinidiennes victimes de violence conjugale». Bien que cela ne fût pas strictement nécessaire à l'examen, le juge Mahoney s'est demandé si ce groupe pouvait être visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention». Ce faisant, il formule, à la p. 737, le critère suivant proposé par l'avocat de la requérante:

... un groupe social désigne (1) un groupe naturel ou non de personnes (2) qui partagent des antécédents, des habitudes, un statut social, des vues politiques, une instruction, des valeurs, des aspirations, une histoire, des activités ou des intérêts économiques similaires, souvent des intérêts contraires à ceux du gouvernement au pouvoir et (3) qui partagent des caractéristiques, une conscience et une solidarité inaltérables, innées et fondamentales ou (4) qui partagent un statut temporaire mais volontaire, afin que leur association soit si essentielle à leur dignité humaine qu'elles ne devraient pas être obligées de la modifier.

Dans *Cheung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, la cour a eu à examiner plus directement la question du critère applicable au «groupe social» pour déterminer si les Chinoises qui ont plus d'un enfant et qui font face à la stérili-

with forced sterilization constitute such a group. In order to make this evaluation, Linden J.A. adopted the test proposed in *Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*. In applying the test to the facts before him, Linden J.A. held:

It is clear that women in China who have one child and are faced with forced sterilization satisfy enough of the above criteria to be considered a particular social group. These people comprise a group sharing similar social status and hold a similar interest which is not held by their government. They have certain basic characteristics in common. All of the people coming within this group are united or identified by a purpose which is so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it on the basis that interference with a woman's reproductive liberty is a basic right "ranking high in our scale of values" (*E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388).

In this way, the focus of the inquiry was on the basic right of reproductive control.

This approach to delineating the scope of "particular social group" is developed further in American quasi-judicial authority. In *Matter of Acosta*, Interim Decision 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.) (Database FIM-BIA), the United States Board of Immigration Appeals was confronted with the claim for asylum of an El Salvador citizen. The claimant based his fear of persecution on his membership in a cooperative organization of taxi drivers. According to the claimant, members of the cooperative had been targeted by anti-government guerrillas for having refused to comply with the latter's requests to engage in work stoppages. In finding that the cooperative did not constitute a "particular social group", the Board defined this term in a manner that reflects classic discrimination analysis. It stated, at pp. 37-39:

We find the well-established doctrine of *eiusdem generis*, meaning literally, 'of the same kind,' to be most helpful in construing the phrase 'membership in a particular social group.' That doctrine holds that general words used in an enumeration with specific words should be construed in a manner consistent with the specific words. See, e.g., *Cleveland v. United States*, 329 U.S. 14 (1946); 2A C. Sands, *supra*, s 47.17. The

sation forcée constituent un pareil groupe. Aux fins de cette évaluation, le juge Linden a adopté le critère proposé dans *Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité. En appliquant le critère aux faits dont il était saisi, le juge Linden a déclaré ceci:

Il est clair que les femmes en Chine qui ont un enfant et qui font face à la stérilisation forcée satisfont suffisamment aux critères ci-dessus pour être considérées comme formant un groupe social. Elles forment un groupe partageant le même statut social et ont un intérêt similaire que ne partage pas leur gouvernement. Elles ont en commun certaines caractéristiques fondamentales. Toutes celles qui entrent dans ce groupe poursuivent ou ont en commun une fin si essentielle à leur dignité humaine qu'elles ne devraient pas être obligées de la modifier pour le motif que l'ingérence dans la liberté de procréation d'une femme est un droit fondamental «qui se situe en haut de notre échelle de valeurs» (*E. Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388).

Ainsi, l'enquête était axée sur le droit fondamental à la procréation.

Cette façon de délimiter la portée de l'expression «groupe social» est expliquée plus à fond dans la jurisprudence quasi judiciaire américaine. Dans *Matter of Acosta*, décision provisoire 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.), banque de données FIM-BIA, le Board of Immigration Appeals américain était saisi d'une demande d'asile d'un citoyen du Salvador. Le demandeur avait fondé sa crainte de persécution sur son appartenance à une coopérative de chauffeurs de taxis. Selon lui, les membres de la coopérative avaient été la cible de guérilleros anti-gouvernementaux pour avoir refusé d'obtempérer aux demandes d'arrêts de travail que ceux-ci leur avaient faites. En concluant que la coopérative ne constituait pas un «groupe social», le Board a défini ce terme d'une façon qui reflète l'analyse classique de la discrimination. Il déclare, aux pp. 37 à 39:

[TRADUCTION] Nous concluons que la théorie bien établie de l'*eiusdem generis*, qui signifie littéralement «du même genre», est fort utile pour interpréter l'expression «appartenance à un groupe social». Selon cette théorie, les termes généraux employés dans une énumération avec des termes précis devraient être interprétés d'une façon compatible avec ces derniers. Voir, par exemple, *Cleveland c. United States*, 329 U.S. 14

other grounds of persecution in the Act and the Protocol listed in association with 'membership in a particular social group' are persecution on account of 'race,' 'religion,' 'nationality,' and 'political opinion.' Each of these grounds describes persecution aimed at an immutable characteristic: a characteristic that either is beyond the power of an individual to change or is so fundamental to individual identity or conscience that it ought not be required to be changed. See A. Grahl-Madsen, *supra*, at 217; G. Goodwin-Gill, *supra*, at 31. Thus, the other four grounds of persecution enumerated in the Act and the Protocol restrict refugee status to individuals who are either unable by their own actions, or as a matter of conscience should not be required, to avoid persecution.

Applying the doctrine of *ejusdem generis*, we interpret the phrase 'persecution on account of membership in a particular social group' to mean persecution that is directed toward an individual who is a member of a group of persons all of whom share a common, immutable characteristic. The shared characteristic might be an innate one such as sex, color, or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership. The particular kind of group characteristic that will qualify under this construction remains to be determined on a case-by-case basis. However, whatever the common characteristic that defines the group, it must be one that the members of the group either cannot change, or should not be required to change because it is fundamental to their individual identities or consciences. Only when this is the case does the mere fact of group membership become something comparable to the other four grounds of persecution under the Act, namely, something that either is beyond the power of an individual to change or that is so fundamental to his identity or conscience that it ought not be required to be changed. By construing 'persecution on account of membership in a particular social group' in this manner, we preserve the concept that refuge is restricted to individuals who are either unable by their own actions, or as a matter of conscience should not be required, to avoid persecution.

What is excluded by this definition are "groups defined by a characteristic which is changeable or from which disassociation is possible, so long as

(1946); 2A C. Sands, *op. cit.*, s 47.17. Les autres motifs de persécution énumérés dans la Loi et le Protocole en rapport avec l'expression «appartenance à un groupe social» sont la persécution fondée sur la «race», la «religion», la «nationalité» et les «opinions politiques». Chacun de ces motifs décrit la persécution à l'égard d'une caractéristique immuable: une caractéristique qu'une personne n'est pas en mesure de changer ou qui est si essentielle à l'identité ou à la conscience individuelle qu'elle ne devrait pas avoir à changer. Voir A. Grahl-Madsen, *op. cit.*, à la p. 217; G. Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 31. Ainsi, les quatre autres motifs de persécution énumérés dans la Loi et dans le Protocole limitent l'attribution du statut de réfugié aux personnes qui ne peuvent, par leurs propres actions, éviter la persécution, ou qui ne devraient pas, en toute conscience, être obligées de le faire.

En appliquant la théorie de l'*ejusdem generis*, nous interprétons l'expression «persécutée du fait de son appartenance à un groupe social» comme désignant la persécution dont est victime l'individu qui est membre d'un groupe de personnes ayant toutes une caractéristique commune immuable. La caractéristique partagée pourrait être innée, comme le sexe, la couleur, ou les liens de parenté ou, dans certains cas, il pourrait s'agir d'une expérience commune antérieure comme le fait d'avoir été chef militaire ou propriétaire foncier. Le genre particulier de caractéristique de groupe qui sera admissible selon cette interprétation devra être déterminé en fonction de chaque cas. Toutefois, quelle que soit la caractéristique commune qui définit le groupe, il doit s'agir d'une caractéristique que les membres du groupe ne peuvent changer ou ne devraient pas être requis de changer, parce qu'elle est essentielle à leur identité ou à leur conscience individuelle. C'est uniquement dans ce cas que le simple fait d'appartenir au groupe devient quelque chose de comparable aux quatre autres motifs de persécution prévus par la Loi, soit une chose que la personne en cause n'est pas en mesure de changer ou qui est si essentielle à son identité ou à sa conscience qu'elle ne devrait pas avoir à la changer. En interprétant ainsi l'expression «persécutée du fait de son appartenance à un groupe social», nous préservons la notion selon laquelle le refuge est limité aux personnes qui ne peuvent, par leurs propres actions, éviter la persécution, ou qui ne devraient pas, en toute conscience, être obligées de le faire.

Cette définition exclut les [TRADUCTION] «groupes définis par une caractéristique changeable ou dont il est possible de se dissocier, dans la mesure où

neither option requires renunciation of basic human rights”; see Hathaway, *supra*, at p. 161.

Anti-discrimination law in Canada as embodied ^a by s. 15 of the *Charter* and the jurisprudence decided thereunder, although still not completely developed, makes reference to very similar criteria. In the seminal equality case of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, ^b non-citizenship was held to be an analogous ground of discrimination because it shared the same overarching characteristics of those enumerated in s. 15 of the *Charter*. In that case, I articulated these common characteristics as follows, at p. 195:

The characteristic of citizenship is one typically not within the control of the individual and, in this sense, is immutable. Citizenship is, at least temporarily, a characteristic of personhood not alterable by conscious action and in some cases not alterable except on the basis of unacceptable costs.

The “analogous grounds” approach to s. 15 of the *Charter* parallels that of the Federal Court of Appeal in its recent judgments, as well as the United States Immigration Board of Appeals, with respect to the definition of “particular social group” in the distillation of and extrapolation from the common thread running through the enumerated heads.

These types of tests appear to be appropriate to us. Canada’s obligation to offer a haven to those fleeing their homelands is not unlimited. Foreign governments should be accorded leeway in their definition of what constitutes anti-social behaviour of their nationals. Canada should not overstep its role in the international sphere by having its responsibility engaged whenever any group is targeted. Surely there are some groups, the affiliation in which is not so important to the individual that it would be more appropriate to have the person dissociate him- or herself from it before Canada’s responsibility should be engaged. Perhaps the most simplified way to draw the distinction is by opposing what one is against what one

aucun de ces choix n’exige la renonciation aux droits fondamentaux de la personne»; voir Hathaway, *op. cit.*, à la p. 161.

^a Au Canada, le droit en matière de discrimination énoncé à l’art. 15 de la *Charte* et la jurisprudence y relative, bien qu’ils ne soient complètement au point, mentionnent des critères fort similaires. Dans l’arrêt charnière en matière d’égalité *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, il a été jugé que l’absence de citoyenneté était un motif analogue de discrimination parce qu’elle comportait les mêmes caractéristiques générales que les motifs énumérés à l’art. 15 de la *Charte*. Dans cette affaire, j’ai énoncé ces caractéristiques communes comme suit, à la p. 195:

^d La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l’individu et, dans ce sens, elle est immuable. La citoyenneté est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu’on ne peut modifier par un acte volontaire et qu’on ne peut, dans certains cas, modifier qu’à un prix inacceptable.

^e La méthode des «motifs analogues» utilisée pour aborder l’art. 15 de la *Charte* est semblable à celle que la Cour d’appel fédérale, dans les arrêts qu’elle a rendus récemment, et l’Immigration Board of Appeals américain ont employée pour définir l’expression «groupe social», lorsqu’il s’est agi de dégager le point que les motifs énumérés ont en commun et d’extrapoler à partir de ce point commun.

^f Ces types de critères nous semblent appropriés. L’obligation qui incombe au Canada de donner asile aux personnes qui fuient leur pays d’origine n’est pas illimitée. Les gouvernements étrangers devraient avoir une certaine liberté d’action en définissant ce qui constitue un comportement anti-social de la part de leurs ressortissants. Le Canada ne devrait pas outrepasser son rôle sur le plan international en engageant sa responsabilité dès qu’un groupe est visé. Il existe sûrement des groupes auxquels l’affiliation de la personne en cause n’est pas à ce point importante pour elle qu’il conviendrait davantage qu’elle s’en dissocie pour que la responsabilité du Canada soit engagée. La façon la plus simple de faire la distinction con-

does, at a particular time. For example, one could consider the facts in *Matter of Acosta*, in which the claimant was targeted because he was a member of a taxi driver cooperative. Assuming no issues of political opinion or the right to earn some basic living are involved, the claimant was targeted for what he was doing and not for what he was in an immutable or fundamental way.

The meaning assigned to “particular social group” in the Act should take into account the general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination that form the basis for the international refugee protection initiative. The tests proposed in *Mayers*, *Cheung* and *Matter of Acosta*, *supra*, provide a good working rule to achieve this result. They identify three possible categories:

- (1) groups defined by an innate or unchangeable characteristic;
- (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and
- (3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence.

The first category would embrace individuals fearing persecution on such bases as gender, linguistic background and sexual orientation, while the second would encompass, for example, human rights activists. The third branch is included more because of historical intentions, although it is also relevant to the anti-discrimination influences, in that one’s past is an immutable part of the person.

“Particular Social Group”: Exclusion of Criminals and Terrorists

The majority of the Federal Court of Appeal held that international refugee protection should

siste peut-être à mettre en opposition ce à quoi une personne s’oppose et ce qu’elle fait, à un moment donné. Par exemple, on pourrait examiner les faits en cause dans *Matter of Acosta*, où le demandeur était visé parce qu’il était membre d’une coopérative de chauffeurs de taxis. À supposer qu’aucune question d’opinion politique ou de droit de gagner sa vie ne soit en cause, le demandeur a été visé en raison de ce qu’il faisait et non de ce qu’il était, et ce, d’une façon immuable ou fondamentale.

Le sens donné à l’expression «groupe social» dans la Loi devrait tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l’initiative internationale de protection des réfugiés. Les critères proposés dans *Mayers*, *Cheung* et *Matter of Acosta*, précités, permettent d’établir une bonne règle pratique en vue d’atteindre ce résultat. Trois catégories possibles sont identifiées:

- (1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable;
- (2) les groupes dont les membres s’associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu’ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association; et
- (3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.

La première catégorie comprendrait les personnes qui craignent d’être persécutées pour des motifs comme le sexe, les antécédents linguistiques et l’orientation sexuelle, alors que la deuxième comprendrait, par exemple, les défenseurs des droits de la personne. La troisième catégorie est incluse davantage à cause d’intentions historiques, quoiqu’elle se rattache également aux influences anti-discriminatoires, en ce sens que le passé d’une personne constitue une partie immuable de sa vie.

Le «groupe social»: exclusion des criminels et des terroristes

La Cour d’appel fédérale à la majorité a statué que des terroristes, comme les membres de

not embrace terrorists, such as members of the INLA. Urie J.A. put it this way, at pp. 674-75:

Counsel pointed out that paragraph 3(g) of the Act recognizes Canada's need to fulfil its "international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and persecuted". To be consistent in the fulfilment of its humanitarian goal, groups who by acts of terrorism seek to promote their aims, in this case the overthrow of the duly constituted authority, should be excluded from those social groups who meet the definition of Convention refugee. To do otherwise, counsel said, would allow Canada to be a haven for persons who admit to sympathizing with or having committed or participated in terrorists acts in other countries, with or without disavowing their support of terrorists.

The mechanism adopted by Urie J.A. to ensure the exclusion of these undesirable claimants, in this way, is a limitation of the scope of the definition of "particular social group". An examination of the Act as a whole, however, reveals that the concerns he articulated are anticipated and provided for elsewhere in the Act. In my view, therefore, such a restriction on the scope of "particular social group" is unnecessary and renders redundant the explicit exclusionary provisions.

The Act lists classes of claimants considered to be inadmissible in s. 19. Several of these relate to concerns about criminality, violence and government subversion. Subsection (1) in relevant part reads:

19. (1) No person shall be granted admission if he is a member of any of the following classes:

(c) persons who have been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes or, if committed outside Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament and for which a maximum term of imprisonment of ten years or more may be imposed, except persons who have satisfied the Governor in Council that they

l'INLA, ne devraient pas bénéficier de la protection internationale des réfugiés. Le juge Urie s'exprime ainsi, aux pp. 674 et 675:

L'avocate du requérant a souligné que l'alinéa 3g) de la Loi reconnaît la nécessité pour le Canada «de remplir, envers les réfugiés, les obligations légales du Canada sur le plan international et de maintenir sa traditionnelle attitude humanitaire à l'égard des personnes déplacées ou persécutées». Pour qu'il y ait conformité avec l'objectif humanitaire de la Loi, les groupes qui cherchent par des actes de terrorisme à promouvoir leur fin, en l'espèce le renversement de l'autorité dûment constituée, devraient être exclus des groupes sociaux qui répondent à la définition de réfugié au sens de la Convention. Agir autrement, a soutenu l'avocate du requérant, ce serait faire du Canada un havre pour ceux qui ont admis avoir commis des actes de terrorisme, y avoir participé ou apporté leur sympathie dans d'autres pays, qu'ils désavouent ou non leur appui aux terroristes.

Pour assurer de cette manière l'exclusion de ces demandeurs indésirables, le juge Urie limite la portée de l'expression «groupe social». Toutefois, l'examen de la Loi dans son ensemble révèle que les questions qu'il a formulées sont prévues et réglées ailleurs dans la Loi. À mon avis, pareille restriction de la portée de l'expression «groupe social» est donc inutile et rend redondantes les dispositions expresses d'exclusion.

L'article 19 de la Loi énumère les catégories de demandeurs considérés comme non admissibles. Plusieurs de ces catégories ont trait à des questions de criminalité, de violence et de renversement de gouvernement. La partie pertinente du par. 19(1) se lit ainsi:

19. (1) Ne sont pas admissibles

c) les personnes qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui constitue, qu'elle ait été commise au Canada ou à l'étranger, une infraction qui peut être punissable, en vertu d'une loi du Parlement, d'une peine maximale d'au moins dix ans d'emprisonnement, à l'exception de celles qui établissent à la satisfaction du gouverneur en conseil qu'elles se sont

have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the termination of the sentence imposed for the offence;

(d) persons who there are reasonable grounds to believe will

(i) commit one or more offences punishable by way of indictment under any Act of Parliament, or

(ii) engage in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment;

(e) persons who have engaged in or who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, except persons who, having engaged in such acts, have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe will, while in Canada, engage in or instigate the subversion by force of any government;

(g) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;

Section 19(2) goes on to preclude the granting of admission to persons who have been convicted of offences that would have constituted indictable or summary conviction offences, had they been committed in Canada, unless these persons demonstrate that they have become rehabilitated and certain delineated time periods have elapsed.

A claimant for refugee status in Canada who has established his or her inclusion in the definition of "Convention refugee" must still overcome the hurdle of s. 19 before entry into this country will be permitted. These exclusions on the basis of criminality have been carefully drafted to avoid the admission of claimants who may pose a threat to

réhabilitées et que cinq ans au moins se sont écoulés depuis l'expiration de leur peine;

d) les personnes au sujet desquelles il existe de bonnes raisons de croire qu'elles:

(i) commettront une ou plusieurs infractions punissables par voie de mise en accusation en vertu d'une loi du Parlement, ou

(ii) se livreront à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert pour commettre une infraction qui peut être punissable par voie de mise en accusation en vertu d'une loi du Parlement;

e) les personnes qui se sont livrées à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques au sens où cette expression s'entend au Canada, ou au sujet desquelles il y a de bonnes raisons de croire qu'elles se livreront à de tels actes, à l'exception de celles qui, s'y étant livrées, ont établi à la satisfaction du Ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

f) les personnes au sujet desquelles il existe de bonnes raisons de croire que, pendant leur séjour au Canada, elles travailleront ou inciteront au renversement d'un gouvernement par la force;

g) les personnes au sujet desquelles il existe de bonnes raisons de croire qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, ou qu'elles appartiennent à une association susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle association;

Aux termes du par. 19(2), ne sont pas admissibles les personnes qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, pourrait être punissable par voie de mise en accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, à moins qu'elles n'établissent qu'elles se sont réhabilitées et que certains délais précis se sont écoulés.

Le demandeur du statut de réfugié au Canada qui a établi qu'il est visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» doit en outre surmonter l'obstacle de l'art. 19 pour que l'autorisation de séjour lui soit accordée. Ces exclusions fondées sur la criminalité ont été rédigées avec soin de telle façon que les demandeurs

the Canadian government or to the lives or property of the residents of Canada. The provisions specifically give the Minister of Employment and Immigration enough flexibility, however, to reassess the desirability of permitting entry to a claimant with a past criminal record, where the Minister is convinced that rehabilitation has occurred. In this way, Parliament opted not to treat a criminal past as a reason to be estopped from obtaining refugee status. If the scope of the term "particular social group" were interpreted so as to exclude criminals and terrorists, as the majority of the Court of Appeal did, this legislative decision would be ignored. I think it more appropriate to avoid such a blanket exclusion in the face of an explicit, comprehensive structure for the assessment of these potentially inadmissible claimants.

In the amended *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, Parliament has further responded to the concern of keeping out dangerous and criminal claimants by excluding from the definition of "Convention refugee" in s. 2 of the Act any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Art. 1 thereof, which sections are set out in the schedule to the Act (R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), s. 34). The provision of Art. 1 of the Convention relevant for the purposes of this analysis is s. F, which reads:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

qui peuvent constituer une menace pour le gouvernement canadien ou pour la vie ou les biens des résidents du Canada ne soient pas admis. Toutefois, les dispositions donnent expressément au ministre de l'Emploi et de l'Immigration suffisamment de latitude pour réexaminer l'opportunité d'accorder l'autorisation de séjour au demandeur qui a un casier judiciaire, lorsque le Ministre est convaincu que celui-ci s'est réhabilité. De cette façon, le Parlement a choisi de ne pas considérer les antécédents criminels d'une personne comme une fin de non-recevoir à l'obtention du statut de réfugié. Si la portée de l'expression «groupe social» était interprétée de façon à exclure les criminels et les terroristes, comme la Cour d'appel à la majorité l'a fait, cette décision législative ne serait pas prise en considération. Je crois qu'il est préférable d'éviter pareille exclusion générale compte tenu de l'existence d'un mécanisme explicite et exhaustif d'évaluation de ces demandeurs potentiellement non admissibles.

Dans la version modifiée de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, le Parlement a répondu davantage au souci d'interdire de séjour les demandeurs criminels et dangereux, en excluant de la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» figurant à l'art. 2 de la Loi toute personne à laquelle la Convention ne s'applique pas conformément à la section E ou F de l'article premier, dont le texte est reproduit à l'annexe de la Loi (L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), art. 34). La disposition de l'article premier de la Convention, qui nous intéresse aux fins de la présente analyse, est la section F dont voici le texte:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;

(c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

The articulation of this exclusion for the “commission” of a crime can be contrasted with those of s. 19 of the Act which refers to “convictions” for crimes. Hathaway, *supra*, at p. 221, interprets this exclusion to embrace “persons who are liable to sanctions in another state for having committed a genuine, serious crime, and who seek to escape legitimate criminal liability by claiming refugee status”. In other words, Hathaway would appear to confine paragraph (b) to accused persons who are fugitives from prosecution. The interpretation of this amendment was not argued before us. I note, however, that Professor Hathaway’s interpretation seems to be consistent with the views expressed in the *Travaux préparatoires*, regarding the need for congruence between the Convention and extradition law; see statement of United States delegate Henkin, U.N. Doc. E/AC.32/SR.5 (January 30, 1950), at p. 5. As such, Ward would still not be excluded on this basis, having already been convicted of his crimes and having already served his sentence. This addition to the Act does answer, however, in a more general fashion, the concerns raised by the majority of the Court of Appeal and renders less forceful the argument that morality and criminality concerns need be accommodated by narrowing the definition of “particular social group”.

a La formulation de cette exclusion pour la «perpétration» d’un crime peut être mise en contraste avec l’art. 19 de la Loi, qui parle de «déclarations de culpabilité» relatives à des crimes. Hathaway, *op. cit.*, à la p. 221, interprète cette exclusion comme visant [TRADUCTION] «les personnes qui sont passibles de peines, dans un autre État, pour avoir commis un véritable crime grave, et qui cherchent à se soustraire à leur responsabilité criminelle légitime en revendiquant le statut de réfugié». En d’autres termes, Hathaway semblerait limiter l’application de l’al. b) aux personnes accusées qui cherchent à échapper à des poursuites. La question de l’interprétation de cette modification n’a pas été débattue devant nous. Toutefois, je remarque que l’interprétation du professeur Hathaway semble être compatible avec le point de vue exprimé dans les *Travaux préparatoires*, au sujet du besoin de conformité entre la Convention et le droit en matière d’extradition; voir la déclaration du délégué Henkin des États-Unis, doc. des Nations Unies E/AC.32/SR.5 (30 janvier 1950), à la p. 5. À ce sujet, Ward ne serait toujours pas exclu pour ce motif, puisqu’il a déjà été déclaré coupable des crimes qu’il a commis et qu’il a déjà purgé sa peine. Toutefois, cet ajout à la Loi répond, d’une façon plus générale, aux questions soulevées par la Cour d’appel à la majorité et affaiblit l’argument selon lequel il faut composer avec les questions de moralité et de criminalité en restreignant la définition de l’expression «groupe social».

Is Ward a Member of a Particular Social Group?

Applying the three-pronged interpretation of “particular social group” adopted earlier to the case at bar, Ward does not meet the definition of “Convention refugee” and thus cannot be admitted into Canada on the basis of his fear of persecution at the hands of the INLA upon his return to Northern Ireland.

First, we must define the association at issue. In the Court of Appeal, Ward’s affiliation was designated as “member of the INLA” (by Urie J.A., at

Ward est-il membre d’un groupe social?

h Si j’applique à la présente affaire l’interprétation à trois volets de l’expression «groupe social» qui a été adoptée plus haut, Ward n’est pas visé par la définition de l’expression «réfugié au sens de la Convention» et ne peut donc pas être admis au Canada pour le motif qu’il craint d’être persécuté par l’INLA s’il retourne en Irlande du Nord.

i Premièrement, nous devons définir l’association en cause. La Cour d’appel a dit que Ward était affilié à la fois aux «membre[s] de la INLA» (le juge

p. 677) and as “members and former members of the INLA” (by MacGuigan J.A., at p. 691). Ward’s claim is that he fears persecution, should he return to Northern Ireland, because the INLA would retaliate to avenge his release of the hostages. This act was effected by Ward *qua* member of the INLA. Ward also testified that he feared persecution by the INLA because of its concern that he “turn supergrass”. This fear is present whether or not Ward renounced his membership in the INLA, as the possibility of revealing organization secrets is present in the case of both present and former members. Thus, no subsequent disassociation from this group by Ward had any impact on his fear. I do not think it appropriate, therefore, to say that Ward’s fear was based on his status as a former member of the INLA. The fact that Ward might no longer be a member is merely a result of the persecution feared, not its foundation.

The group of INLA members is not a “particular social group”. To review, the test given above includes:

- (1) groups defined by an innate or unchangeable characteristic;
- (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and
- (3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence.

Clearly, the INLA members are not characterized by an innate or unalterable characteristic. The third branch of the definition is not applicable to Ward, since the group is associated in the present and membership is not unchangeable owing to its status as a historical fact. (It seems that this branch of the definition will only come into play when the identity of the persecutor does not coincide with that of the social group as it does in this case. For this prong to be relevant, the social group should no longer be actively affiliated; if the group has disbanded, it cannot possibly persecute.) As for the

Urie, à la p. 677) et aux «membres et anciens membres de la INLA» (le juge MacGuigan, à la p. 691). Ward allègue qu’il craint d’être persécuté, s’il retourne en Irlande du Nord, parce que l’INLA exercerait des représailles contre lui pour se venger du fait qu’il a libéré les otages. Cet acte a été commis par Ward en sa qualité de membre de l’INLA. Ward a également témoigné qu’il redoutait d’être persécuté par l’INLA en raison de la crainte de cette dernière qu’il [TRADUCTION] «moucharde». Cette crainte de Ward existe, peu importe qu’il ait renoncé ou non à être membre de l’INLA, puisque la possibilité de révéler les secrets de l’organisation existe dans le cas d’un ancien ou d’un nouveau membre. Par conséquent, le fait que Ward s’est subséquemment dissocié de ce groupe n’a aucunement influé sur sa crainte. Je ne crois donc pas qu’il soit juste de dire que la crainte de Ward était fondée sur son statut d’ancien membre de l’INLA. Le fait que Ward ne serait peut-être plus membre est simplement le résultat de la crainte d’être persécuté, et non son fondement.

Les membres de l’INLA ne forment pas un «groupe social». Pour récapituler, le critère énoncé ci-dessus comprend:

- (1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable;
- (2) les groupes dont les membres s’associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu’ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association; et
- (3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.

De toute évidence, les membres de l’INLA ne possèdent pas une caractéristique innée ou immuable. Le troisième volet de la définition ne s’applique pas à Ward, puisque le groupe existe actuellement et que l’appartenance au groupe n’est pas immuable en raison de son statut de fait historique. (Il semble que ce volet de la définition n’entre en ligne de compte que si l’identité du persécuteur ne coïncide pas avec celle du groupe social, comme c’est ici le cas. Pour que ce volet s’applique, le groupe social ne devrait plus être actif; si le groupe s’est dissous, il ne peut s’adonner à la persécution.)

second branch, the INLA is a voluntary association committed to the attainment of specific political goals by any means, including violence, but I do not believe that this objective can be said to be so fundamental to the human dignity of its members such that it constitutes a "particular social group". The fight for independence from the United Kingdom and unification with the Irish Republic may be very serious political ends for INLA members, but requiring them to abandon their violent means of expressing and achieving these goals does not amount to an abdication of their human dignity.

Moreover, I do not accept that Ward's fear was based on his membership. Rather, in my view, Ward was the target of a highly individualized form of persecution and does not fear persecution because of his group characteristics. Ward feels threatened because of what he did as an individual, and not specifically because of his association. His membership in the INLA placed him in the circumstances that led to his fear, but the fear itself was based on his action, not on his affiliation.

C. Political Opinion

Political opinion was not raised as a ground for fear of persecution either before the Board or the Court of Appeal. It was raised for the first time in this Court by the intervener, the United Nations High Commissioner for Refugees, who, in his factum, expressed the view that the Court of Appeal had "erred in considering that the claimant's fear of persecution was based on membership in an organization". The additional ground was ultimately accepted by the appellant during oral argument. I note that the UNHCR Handbook, at p. 17, paragraph 66, states that it is not the duty of a claimant to identify the reasons for the persecution. It is for the examiner to decide whether the Convention definition is met; usually there will be more than one ground (*idem*, paragraph 67). While political opinion was raised at a very late stage of the proceedings, the Court has decided to deal with

Quant au deuxième volet, l'INLA est une association volontaire vouée à la réalisation d'objectifs politiques précis par n'importe quel moyen, y compris la violence, mais je ne crois pas qu'on puisse dire que cet objectif est essentiel à la dignité humaine de ses membres au point d'en faire un «groupe social». La lutte pour l'indépendance vis-à-vis du Royaume-Uni et l'unification avec la République d'Irlande peuvent constituer des fins politiques fort sérieuses pour les membres de l'INLA, mais les forcer à renoncer aux moyens violents qu'ils emploient pour exprimer et atteindre ces objectifs n'équivaut pas à une abdication de leur dignité humaine.

En outre, je n'accepte pas que la crainte de Ward soit fondée sur son appartenance au groupe en question. À mon avis, Ward faisait plutôt l'objet d'un type de persécution fort individualisée et il ne craint pas la persécution à cause des caractéristiques de son groupe. Ward se sent menacé à cause de ce qu'il a fait à titre individuel, et non expressément à cause de son association. Son appartenance à l'INLA l'a placé dans la situation à l'origine de la crainte qu'il éprouve, mais la crainte elle-même était fondée sur son action, et non sur son affiliation.

C. Opinions politiques

Les opinions politiques n'ont été invoquées comme motif de crainte d'être persécuté ni devant la Commission ni devant la Cour d'appel. Ce motif a été invoqué pour la première fois devant cette Cour par l'intervenant le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés qui, dans son mémoire, a exprimé l'avis que la Cour d'appel avait [TRADUCTION] «commis une erreur en considérant que la crainte du demandeur d'être persécuté était fondée sur son appartenance à une organisation». Le motif additionnel a finalement été accepté par l'appelant pendant les plaidoiries. Je remarque que le Guide du HCNUR, à la p. 17, paragraphe 66, précise qu'il n'incombe pas au demandeur d'identifier les motifs de persécution. Il incombe à l'examineur de déterminer si les conditions de la définition figurant dans la Convention sont remplies; habituellement, il y a plus d'un

it because this case is one involving human rights and the issue is critical to the case.

Political opinion as a basis for a well-founded fear of persecution has been defined quite simply as persecution of persons on the ground "that they are alleged or known to hold opinions contrary to or critical of the policies of the government or ruling party"; see Grahl-Madsen, *supra*, at p. 220. The persecution stems from the desire to put down any dissent viewed as a threat to the persecutors. Grahl-Madsen's definition assumes that the persecutor from whom the claimant is fleeing is always the government or ruling party, or at least some party having parallel interests to those of the government. As noted earlier, however, international refugee protection extends to situations where the state is not an accomplice to the persecution, but is unable to protect the claimant. In such cases, it is possible that a claimant may be seen as a threat by a group unrelated, and perhaps even opposed, to the government because of his or her political viewpoint, perceived or real. The more general interpretation of political opinion suggested by Goodwin-Gill, *supra*, at p. 31, i.e., "any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged", reflects more care in embracing situations of this kind.

Two refinements must be added to the definition of this category. First, the political opinion at issue need not have been expressed outright. In many cases, the claimant is not even given the opportunity to articulate his or her beliefs, but these can be perceived from his or her actions. In such situations, the political opinion that constitutes the basis for the claimant's well-founded fear of persecution is said to be imputed to the claimant. The absence of expression in words may make it more difficult

motif (*idem*, paragraphe 67). Même si le motif des opinions politiques a été invoqué vers la toute fin des procédures, la Cour a décidé de l'examiner parce que cette affaire porte sur les droits de la personne et que la question est décisive en l'espèce.

L'opinion politique comme motif de craindre avec raison d'être persécuté a été définie tout simplement comme étant liée à la persécution de personnes du fait qu'[TRADUCTION] «on prétend ou on sait qu'elles ont des opinions contraires aux politiques du gouvernement ou du parti au pouvoir ou qu'elles critiquent ces politiques»; voir Grahl-Madsen, *op. cit.*, à la p. 220. La persécution découle de la volonté de mettre fin à toute dissidence que les persécuteurs considèrent comme une menace. La définition de Grahl-Madsen tient pour acquis que le persécuté qui fuit le demandeur est toujours le gouvernement ou le parti au pouvoir, ou du moins une partie dont les intérêts sont semblables à ceux du gouvernement. Toutefois, comme je l'ai fait remarquer ci-dessus, la protection internationale des réfugiés s'étend aux cas dans lesquels l'État n'est pas complice de la persécution, mais où il est incapable de protéger le demandeur. En pareil cas, il est possible que le demandeur soit considéré comme une menace par un groupe qui n'est pas allié au gouvernement, et qui y est peut-être même opposé, à cause de ce qui est ou semble être son point de vue politique. L'interprétation plus générale des opinions politiques proposée par Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 31, à savoir [TRADUCTION] «toute opinion sur une question dans laquelle l'appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé», traduit une diligence plus grande lorsqu'il s'agit d'englober les cas de ce genre.

Il faut apporter deux précisions à la définition de cette catégorie. En premier lieu, il n'est pas nécessaire que les opinions politiques en question aient été carrément exprimées. Dans bien des cas, le demandeur n'a même pas la possibilité d'exprimer ses convictions qui peuvent toutefois ressortir de ses actes. En pareil cas, on dit que les opinions politiques pour lesquelles le demandeur craint avec raison d'être persécuté sont imputées à ce dernier. Il se peut qu'étant donné qu'il ne s'exprime pas

for the claimant to establish the relationship between that opinion and the feared persecution, but it does not preclude protection of the claimant.

Second, the political opinion ascribed to the claimant and for which he or she fears persecution need not necessarily conform to the claimant's true beliefs. The examination of the circumstances should be approached from the perspective of the persecutor, since that is the perspective that is determinative in inciting the persecution. The political opinion that lies at the root of the persecution, therefore, need not necessarily be correctly attributed to the claimant. Similar considerations would seem to apply to other bases of persecution.

Ward's fear of being killed by the INLA, should he return to Northern Ireland, stems initially from the group's threat of executing the death sentence imposed by its court-martial. The act for which Ward was so punished was his assistance in the escape of the hostages he was guarding. From this act, a political opinion related to the proper limits to means used for the achievement of political change can be imputed. Ward had many reasons to go through with the assassination order and only one, that of acting in conformity with his beliefs, for doing what he eventually did. Ward recognized the risk of serious retribution by the INLA upon being caught, as reflected in his testimony before the Immigration Appeal Board:

Q. What type of discipline is it?

A. The discipline is once you are a member you are always a member. And if anybody steps outside those lines of demarcation the only alternative is to assassinate them, do away with them.

Q. So if a person does not tow [*sic*] the line, once he is a member and he does not tow [*sic*] the line what happens to him?

A. He will be shot. . . .

Nevertheless, Ward felt that to carry out the INLA's hostage assassination order would have

verbalement, le demandeur ait plus de difficulté à établir le rapport existant entre cette opinion et la crainte d'être persécuté, mais cela ne l'empêche pas d'être protégé.

En second lieu, les opinions politiques imputées au demandeur et pour lesquelles celui-ci craint d'être persécuté n'ont pas à être nécessairement conformes à ses convictions profondes. Les circonstances devraient être examinées du point de vue du persécuteur, puisque c'est ce qui est déterminant lorsqu'il s'agit d'inciter à la persécution. Les opinions politiques qui sont à l'origine de la persécution n'ont donc pas à être nécessairement attribuées avec raison au demandeur. Des considérations similaires sembleraient s'appliquer aux autres motifs de persécution.

La crainte qu'a Ward d'être assassiné par l'INLA s'il retourne en Irlande du Nord découle au départ de ce que le groupe a menacé d'exécuter l'arrêt de mort prononcé par sa cour martiale. Ward était ainsi puni pour avoir aidé à s'évader les otages qu'il gardait. Cet acte permet d'imputer une opinion politique au sujet des limites qu'il convient de fixer à l'égard des moyens employés pour réaliser des changements politiques. Ward avait plusieurs raisons d'exécuter l'ordre d'assassiner les otages alors qu'il n'avait qu'une seule raison de faire ce qu'il a finalement fait, à savoir agir conformément à ses convictions. Ward a reconnu qu'il risquait d'être puni sévèrement par l'INLA s'il était pris, comme le montre son témoignage devant la Commission d'appel de l'immigration:

[TRADUCTION]

Q. Quel genre de discipline?

R. La discipline veut qu'une fois membre, vous l'êtes pour la vie. Et si quelqu'un s'écarte de ces lignes de démarcation, la seule solution est de l'assassiner, de s'en débarrasser.

Q. Ainsi donc, qu'arrive-t-il au membre qui rompt les rangs?

R. Il est descendu . . .

Néanmoins, Ward croyait que ce serait aller trop loin que d'exécuter l'ordre d'assassiner les otages

been going too far. He described his reasons for turning the hostages free as follows:

Q. So the order [to shoot the hostages] has come down then, and what happened next?

A. Well I found myself in a predicament.

Q. Yes?

A. Both of conscience and morals, these things all go through your head in a situation like that. Quite frankly, I wanted no part of it at that stage.

Q. Did you express this desire or this feeling to anyone?

A. To one particular person that was involved there. I cannot do this. But rules are rules, if you voice your opinion to the wrong people or too loudly you would be joining the victims.

Q. So what happened next?

A. What happened was, I gave the situation a lot of thought and consideration. I thought of the implications of various actions. Things went through my head and the final conclusion I came to was I could not have any part of it.

Q. The order came down from the Army council. And you knew that it was your responsibility to protect these people so that that order, I guess, could be carried out. Correct?

A. Yes.

Q. And you had a problem with that. You realized that you could not go along with the killing?

A. They were innocent people . . . I could not live with my own conscience if I permitted this to go on. The decision I came to in my own mind was to try to release him.

To Ward, who believes that the killing of innocent people to achieve political change is unacceptable, setting the hostages free was the only option that accorded with his conscience. The fact that he did or did not renounce his sympathies for the more general goals of the INLA does not affect this.

de l'INLA. Il a expliqué comme suit les raisons pour lesquelles il avait libéré les otages:

[TRADUCTION]

Q. Ainsi l'ordre [de tuer les otages] a été alors donné, et qu'est-il arrivé ensuite?

R. Eh bien, je me suis trouvé dans un dilemme.

Q. Oui?

R. Tant sur le plan de la conscience que sur celui de la morale, vous songez à toutes ces choses dans une situation comme celle-là. Franchement, je ne voulais absolument pas m'en mêler à ce stade.

Q. Avez-vous fait part de ce désir ou de ce sentiment à quelqu'un?

R. À quelqu'un qui était impliqué. Je ne pouvais le faire. Mais les règles sont les règles, si vous faites connaître votre opinion aux mauvaises personnes ou avec trop de véhémence, vous allez vous retrouver dans les rangs des victimes.

Q. Qu'est-il arrivé ensuite?

R. Eh bien, j'ai longuement réfléchi. J'ai songé aux conséquences de diverses actions. Il se passait des choses dans ma tête et j'ai finalement conclu que je ne pouvais pas m'en mêler.

Q. L'ordre a été donné par le conseil de l'Armée. Et vous saviez qu'il vous incombait de protéger ces gens, de sorte que cet ordre, je suppose, puisse être exécuté. Est-ce exact?

R. Oui.

Q. Et cela vous posait un problème. Vous vous êtes rendu compte que vous ne pouviez pas exécuter ces gens?

R. Il s'agissait de personnes innocentes . . . Je n'aurais pas pu vivre en paix si j'avais permis que cela se produise. J'ai décidé dans mon for intérieur d'essayer de le libérer.

Pour Ward, qui croit que tuer des innocents pour réaliser des changements politiques est inacceptable, libérer les otages était la seule solution qui s'accordait avec sa conscience. Le fait qu'il ait ou qu'il n'ait pas renoncé à appuyer les objectifs plus généraux de l'INLA ne change rien à cela. Par ail-

This act, on the other hand, made Ward a political traitor in the eyes of a militant para-military organization, such as the INLA, which supports the use of terrorist tactics to achieve its ends. The act was not merely an isolated incident devoid of greater implications. Whether viewed from Ward's or the INLA's perspective, the act is politically significant. The persecution Ward fears stems from his political opinion as manifested by this act.

The appropriateness of the application of this ground to the facts in this case is confirmed when contrasted with a recent United States Supreme Court disposition of a similar issue. In *I.N.S. v. Elias-Zacarias*, 112 S.Ct. 812 (1992), a Guatemalan claimant sought asylum because of his fear of persecution at the hands of the anti-government guerrillas owing to his refusal to join them. For the majority, Scalia J. was not convinced that the claimant's motive, nor that perceived by the guerrillas to be his motive, was politically based. He stated, at pp. 815-16:

Even a person who supports a guerrilla movement might resist recruitment for a variety of reasons—fear of combat, a desire to remain with one's family and friends, a desire to earn a better living in civilian life, to mention only a few. The record in the present case not only failed to show a political motive on Elias-Zacarias' part; it showed the opposite. He testified that he refused to join the guerrillas because he was afraid that the government would retaliate against him and his family if he did so. Nor is there any indication (assuming, *arguendo*, it would suffice) that the guerrillas erroneously believed that Elias-Zacarias' refusal was politically based. [Emphasis in original.]

In Ward's case, *a contrario*, his act was inconsistent with any other possible motive. He was already a member of the INLA; any fear of retaliation could have been dispelled simply by executing the order. The rationale underlying his decision was unequivocal, both in his eyes and in those of the INLA.

leurs, cet acte faisait de Ward un traître politique aux yeux d'une organisation militante paramilitaire comme l'INLA, qui appuie le recours à des tactiques terroristes pour réaliser ses fins. L'acte n'était pas simplement un incident isolé dénué de répercussions plus profondes. Aux yeux de Ward et de l'INLA, l'acte avait une importance politique. La persécution que Ward craint découle de ses opinions politiques que reflète l'acte qu'il a accompli.

L'opportunité d'appliquer ce motif aux faits de l'espèce est confirmée lorsqu'on met cette affaire en contraste avec un arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis portant sur un point similaire. Dans *I.N.S. c. Elias-Zacarias*, 112 S.Ct. 812 (1992), un demandeur guatémaltèque avait demandé l'asile parce qu'il craignait d'être persécuté par les guérilleros antigouvernementaux à la suite de son refus de rejoindre leurs rangs. Le juge Scalia, qui s'est exprimé au nom de la majorité, n'était pas convaincu que le motif du demandeur, ou celui que les guérilleros lui attribuaient, avait un fondement politique. Il déclare ceci, aux pp. 815 et 816:

[TRADUCTION] Même une personne qui appuie un mouvement de guérilla pourrait refuser d'être recrutée pour diverses raisons—la peur de se battre, le désir de demeurer avec sa famille et ses amis, le désir de mieux gagner sa vie dans la vie civile, pour n'en mentionner que quelques-unes. En l'espèce, non seulement le dossier ne faisait pas état d'un motif politique de la part d'Elias-Zacarias, mais encore il indiquait plutôt le contraire. Elias-Zacarias a témoigné qu'il refusait de se joindre aux guérilleros parce qu'il craignait que le gouvernement n'exerce des représailles contre sa famille et lui-même s'il le faisait. Il n'y a pas non plus d'indication (à supposer, aux fins de la discussion, que cela suffise) que les guérilleros croyaient à tort que le refus d'Elias-Zacarias avait un fondement politique. [En italique dans l'original.]

Par contre, l'acte accompli, en l'espèce, par Ward était incompatible avec tout autre motif possible. Ward était déjà membre de l'INLA; il pouvait apaiser ses craintes de représailles simplement en exécutant l'ordre. Le fondement de la décision de Ward était clair, tant à ses yeux qu'aux yeux de l'INLA.

A positive labelling of Ward as a “Convention refugee” because of his well-founded fear of persecution for reasons of political opinion meets the concerns of Urie J.A., in the Court of Appeal, who remarked, at p. 678, that it would be absurd to allow Ward into Canada owing to the fact that he had acted contrary to the interests of the INLA, because “[i]f such a view were to be taken anyone who dissents on anything could be said to be a member of a particular social group”. Permitting Ward entry on the basis of feared persecution because of political opinion provides the focus needed in this inquiry. Not just any dissent to any organization will unlock the gates to Canadian asylum; the disagreement has to be rooted in a political conviction. This approach to Ward’s case would preclude a former Mafia member, for example, from invoking it as precedent.

Section 15 of the Charter

The intervener, Canadian Council for Refugees, has raised the argument that the majority decision of the Federal Court of Appeal imposes two requirements having a discriminatory impact on historically disadvantaged groups such as women and children, by making it more difficult for them to obtain refugee status in Canada. These two requirements are, first, that social group activities be viewed as a possible danger to the state in order to qualify as a social group, and second, that state complicity be present. Essentially, the argument can be reduced to the contention that differential impact will exist since persecution of women and children is less likely to meet these criteria. I do not find this argument convincing, but I need not enter into it further since I have found both these aspects of the majority decision incorrect for other reasons. Recourse to s. 15 of the *Charter* is, therefore, unnecessary.

Qualifier Ward de «réfugié au sens de la Convention», parce qu’il craint avec raison d’être persécuté du fait de ses opinions politiques, répond aux préoccupations exprimées par le juge Urie de la Cour d’appel, qui fait remarquer, à la p. 678, qu’il serait absurde d’admettre Ward au Canada du fait qu’il a agi d’une façon contraire aux intérêts de l’INLA, parce que «[s]’il fallait adopter un tel point de vue, quiconque est en désaccord sur quelque sujet pourrait être considéré comme membre d’un groupe social». Accorder à Ward l’autorisation de séjour en se fondant sur le fait qu’il craint d’être persécuté à cause de ses opinions politiques met l’accent où il le faut dans cette enquête. Le fait pour une personne d’être en dissentiment avec une organisation ne lui permettra pas toujours de chercher asile au Canada; le désaccord doit être fondé sur une conviction politique. Cette façon d’aborder le cas de Ward empêcherait un ancien membre de la mafia, par exemple, de l’invoquer comme précédent.

Article 15 de la Charte

L’intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés a avancé l’argument selon lequel le jugement majoritaire de la Cour d’appel fédérale impose deux conditions qui ont des répercussions discriminatoires sur des groupes historiquement défavorisés, comme les femmes et les enfants, en leur compliquant la tâche lorsqu’il s’agit d’obtenir le statut de réfugié au Canada. Ces deux conditions sont les suivantes: en premier lieu, pour pouvoir qualifier un groupe de groupe social, ses activités doivent être considérées comme constituant un danger possible pour l’État et, en second lieu, il doit y avoir complicité de l’État. Essentiellement, cet argument peut revenir à prétendre que les répercussions seront différentes puisque la persécution des femmes et des enfants est moins susceptible de satisfaire à ces critères. Je ne trouve pas cet argument convaincant, mais je n’ai pas à l’examiner davantage étant donné que j’ai conclu que ces deux aspects du jugement majoritaire sont erronés pour d’autres raisons. Il est donc inutile de recourir à l’art. 15 de la *Charte*.

Dual Nationality

Ward's citizenship, by virtue of his being a resident of Northern Ireland which forms part of the United Kingdom, effectively endows him with British citizenship; see the *British Nationality Act 1981* (U.K.), 1981, c. 61. On January 1, 1983, British citizenship was automatically acquired by all those citizens of the United Kingdom and the Colonies who had the right of abode in the United Kingdom on that date pursuant to the *British Nationality Act 1981*. During the oral hearing, Ward's counsel effectively admitted the Board's error in this regard and conceded Ward's dual nationality. This makes unnecessary a consideration of burden of proof, but it is right to say that I agree with the Court of Appeal that the Board erred in placing the burden of proof on the Minister. This burden includes a showing of well-founded fear of persecution in all countries of which the claimant is a national.

In considering the claim of a refugee who enjoys nationality in more than one country, the Board must investigate whether the claimant is unable or unwilling to avail him- or herself of the protection of each and every country of nationality. Although never incorporated into the *Immigration Act* and thus not strictly binding, paragraph 2 of Art. 1(A)(2) of the 1951 Convention infuses suitable content into the meaning of "Convention refugee" on the point. This paragraph of the Convention provides:

Article 1

. . . .

A. . . .

(2) . . .

In the case of a person who has more than one nationality, the term "the country of his nationality" shall mean each of the countries of which he is a national, and a person shall not be deemed to be lacking the protection of the country of his nationality if, without any valid reason based on a well-founded fear, he has not

La double nationalité

Du fait qu'il est résident de l'Irlande du Nord qui est un pays du Royaume-Uni, Ward possède réellement la citoyenneté britannique; voir la *British Nationality Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 61. Le 1^{er} janvier 1983, la citoyenneté britannique a automatiquement été acquise par tous les citoyens du Royaume-Uni et des colonies qui avaient le droit de résider au Royaume-Uni à cette date conformément à la *British Nationality Act 1981*. Pendant les plaidoiries, l'avocat de Ward a effectivement reconnu l'erreur de la Commission à cet égard et a concédé que Ward bénéficiait d'une double nationalité. Il est donc inutile d'examiner le fardeau de la preuve, mais il est juste de dire que je souscris à l'avis de la Cour d'appel voulant que la Commission ait commis une erreur en imposant le fardeau de la preuve au Ministre. Ce fardeau comprend la preuve que le demandeur craint avec raison d'être persécuté dans tous les pays dont il est ressortissant.

En examinant la revendication d'un réfugié qui bénéficie de la nationalité de plus d'un pays, la Commission doit se demander si le demandeur ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de chaque pays dont il a la nationalité. Le paragraphe 2 de l'art. 1(A)(2) de la Convention de 1951 n'a jamais été incorporé dans la *Loi sur l'immigration* et il n'a donc pas strictement force exécutoire; cependant, il donne un sens approprié à l'expression «réfugié au sens de la Convention» sur ce point. Ce paragraphe de la Convention se lit ainsi:

Article premier

. . . .

A. . . .

i (2) . . .

Dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression «du pays dont elle a la nationalité» vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité. Ne sera pas considérée comme privée de la protection du pays dont elle a la nationalité, toute personne qui, sans raison valable fondée sur une crainte justifiée, ne s'est

availed himself of the protection of one of the countries of which he is a national.

As described above, the rationale underlying international refugee protection is to serve as “surrogate” shelter coming into play only upon failure of national support. When available, home state protection is a claimant’s sole option. The fact that this Convention provision was not specifically copied into the Act does not render it irrelevant. The assessment of Convention refugee status most consistent with this theme requires consideration of the availability of protection in all countries of citizenship.

This conclusion is bolstered by general rules of statutory interpretation. Section 33(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, stipulates that words in the singular include the plural. Consequently, references to “country of nationality” in the definition of “Convention refugee” in s. 2(1) of the *Immigration Act* should be read as including “countries of nationality”.

The appellant argues that the presence of s. 46.04(1)(c) of the Act (resulting from the amendments effected by S.C. 1988, c. 35, s. 14, effective January 1, 1989) is inconsistent with a requirement of demonstrating a lack of protection in all countries of citizenship. Section 46.04(1)(c) precludes eligibility for landed status in Canada for a claimant who has demonstrated his or her status as a Convention refugee, where the claimant is “a national or citizen of a country, other than the country that the person left, or outside of which the person remains, by reason of fear of persecution”. The appellant’s contention is, essentially, that if the Act’s definition of “Convention refugee” were to encompass inability or unwillingness to avail himself of the protection of each country of nationality, then s. 46.04(1)(c) would be redundant.

I am not persuaded by this argument. The right to apply for the status of permanent resident is but

pas réclamée de la protection de l’un des pays dont elle a la nationalité.

Comme je l’ai déjà dit, la protection internationale des réfugiés est destinée à servir de mesure «auxiliaire» qui n’entre en jeu qu’en l’absence d’appui national. Lorsqu’il est possible de l’obtenir, la protection de l’État d’origine est la seule solution qui s’offre à un demandeur. Le fait que cette disposition de la Convention n’a pas expressément été incorporée dans la Loi ne l’empêche pas d’être pertinente. L’évaluation du statut de réfugié au sens de la Convention la plus compatible avec cette idée exige l’examen de la possibilité pour le demandeur d’obtenir une protection dans tous les pays dont il a la citoyenneté.

Cette conclusion est étayée par les règles générales d’interprétation des lois. Le paragraphe 33(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que le singulier s’applique à la pluralité. On devrait donc interpréter la mention «du pays dont elle a la nationalité» figurant dans la définition de «réfugié au sens de la Convention», au par. 2(1) de la *Loi sur l’immigration*, comme signifiant aussi «des pays dont elle a la nationalité».

L’appelant soutient que la présence de l’al. 46.04(1)(c) de la Loi (résultant des modifications apportées par L.C. 1988, ch. 35, art. 14, et entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1989) est incompatible avec l’exigence de démontrer l’absence de protection dans tous les pays dont le demandeur a la citoyenneté. Selon l’al. 46.04(1)(c), ne peut réclamer le droit d’établissement au Canada la personne qui a démontré qu’elle est un réfugié au sens de la Convention, si «elle a la nationalité ou la citoyenneté d’un autre pays que celui qu’elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d’être persécutée». L’appelant soutient essentiellement que si la définition de l’expression «réfugié au sens de la Convention» figurant dans la Loi devait comprendre l’incapacité ou l’absence de volonté du demandeur de se réclamer de la protection de chaque pays dont il a la nationalité, l’al. 46.04(1)(c) serait redondant.

Cet argument ne me convainc pas. Le droit de réclamer le statut de résident permanent n’est que

one of several consequences flowing from the characterization of a claimant as a Convention refugee. The Convention refugee also benefits from the right to remain in Canada (s. 4(2.1)), the right not to be deported to the country where the refugee has a well-founded fear of persecution (s. 53(1)) and the right to work while in Canada (s. 19(4)(j) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172). None of these provisions requires assurance that the claimant has exhausted his or her search for protection in every country of nationality. The exercise of assessing the claimant's fear in each country of citizenship at the stage of determination of "Convention refugee" status, before conferring these rights on the claimant, accords with the principles underlying international refugee protection. Otherwise, the claimant would benefit from rights granted by a foreign state while home state protection had still been available. The reference to other countries of nationality in s. 46.04(1)(c) is probably intended as a double-check on the refugee's lack of access to national protection, in case of changed circumstances or new revelations, before the significant status of permanent resident is bestowed.

As alluded to previously, and as conceded by appellant's counsel to be in error, the Board concluded that it could not make a finding of dual citizenship because there was insufficient evidence to do so. The Board commented, at p. 55, however, that had it

concluded that the claimant was also a national of the United Kingdom, the Board would have made a finding that the claimant's life would be in danger from the INLA if he was returned to the United Kingdom.

This finding, however, is insufficient for the purposes of the determination that must be made by the Board. It does not address the real issue. The fact that Ward's life will be in danger should he be returned either to Ireland or to Great Britain is not disputed by anyone; the question, rather, is whether Ward can be protected from that danger. The Board never made a finding of fact on the real issue—the ability of the British to protect Ward.

l'une de plusieurs conséquences de la qualification d'un demandeur comme étant un réfugié au sens de la Convention. Le réfugié au sens de la Convention bénéficie également du droit de demeurer au Canada (par. 4(2.1)), du droit de ne pas être renvoyé dans le pays où il craint avec raison d'être persécuté (par. 53(1)) et du droit de travailler pendant qu'il est au Canada (par. 19(4)(j) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172). Aucune de ces dispositions n'exige de garantir que le demandeur a épuisé les possibilités de protection dans chaque pays dont il a la nationalité. L'évaluation que l'on fait de la crainte du demandeur dans chaque pays dont il a la citoyenneté, au stade de la détermination du statut de «réfugié au sens de la Convention» et avant de lui conférer ces droits, est conforme aux principes qui sous-tendent la protection internationale des réfugiés. Autrement, le demandeur bénéficierait de droits conférés par un État étranger alors que l'État d'origine peut encore le protéger. La mention d'autres pays dont il a la nationalité, figurant à l'al. 46.04(1)c), est probablement destinée à vérifier une seconde fois si le réfugié n'a pas accès à la protection nationale, en cas de changements de circonstances ou de nouvelles révélations, avant que le statut important de résident permanent ne soit accordé.

Comme je l'ai déjà laissé entendre, et comme l'a concédé l'avocat de l'appelant, la Commission a jugé à tort qu'elle ne pouvait pas conclure à la double citoyenneté en raison de l'insuffisance de la preuve sur ce point. La Commission fait cependant remarquer, à la p. 55, que si elle

était arrivée à la conclusion que le demandeur était également un ressortissant du Royaume-Uni, elle aurait jugé que sa vie serait menacée par la INLA s'il était renvoyé au Royaume-Uni.

Toutefois, cette conclusion est insuffisante aux fins de la décision que doit rendre la Commission. Elle ne porte pas sur la véritable question litigieuse. Personne ne conteste que la vie de Ward sera en danger s'il retourne en Irlande ou en Grande-Bretagne; il s'agit plutôt de savoir si Ward peut être protégé contre ce danger. La Commission n'a jamais tiré de conclusion de fait au sujet de la véritable question litigieuse—la capacité des Britanniques de protéger Ward.

As explained above, the well-foundedness of a claimant's fear of persecution can be grounded in the concept of "inability to protect", assessed with respect to each and every country of nationality. Since the Board failed to make a finding on this point, as far as Great Britain is concerned, its ultimate finding of fear of persecution there is similarly erroneous. The validity of Ward's claim is dependant upon such a finding. This case must, therefore, be referred back to the Board (now the Immigration and Refugee Board) for a determination as to whether Ward can be afforded protection in Great Britain.

Clearly, the inability of a second state of nationality to protect can be established where the claimant has actually approached the state and been denied protection. Where, as in the case of Ward, the second state has not actually been approached by the claimant, the principles delineated above regarding the home state should apply. In other words, Great Britain should be presumed capable of protecting its nationals.

An underlying premise of this presumption, however, is that citizenship carries with it certain basic consequences. One of these, as noted by MacGuigan J.A., at p. 699, is the right to gain entry to the country at any time. The appellant presented evidence, albeit not by way of expert opinion, of the existence of the *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984*. The current version of this Act (*Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989* (U.K.), 1989, c. 4), which replaced the *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984*, seems to enable the British Government to prohibit a national from being in, or entering, Great Britain, if the national has been "concerned in the commission, preparation or instigation of acts of terrorism" connected with the affairs of Northern Ireland; see ss. 4 and 5 of the Act. Such evidence might serve to rebut the presumption by demonstrating a lack of protection afforded by Great Britain. Denial of admittance to the home territory is offered by the UNHCR in its

Comme je l'ai déjà expliqué, le bien-fondé de la crainte que le demandeur a d'être persécuté peut reposer sur la notion d'«incapacité d'assurer la protection», évaluée à l'égard de chacun des pays dont il a la nationalité. Étant donné que la Commission a omis de tirer une conclusion sur ce point, en ce qui concerne la Grande-Bretagne, sa conclusion finale quant à la crainte de persécution était également erronée. La validité de la revendication de Ward dépend d'une telle conclusion. Cette affaire doit donc être renvoyée à la Commission (maintenant Commission de l'immigration et du statut de réfugié) pour qu'elle détermine si Ward peut bénéficier d'une protection en Grande-Bretagne.

De toute évidence, l'incapacité d'un second État dont il a la nationalité d'assurer sa protection peut être établie lorsque le demandeur s'est vraiment adressé à cet État et s'est vu refuser toute protection. Lorsque, comme dans le cas de Ward, le demandeur ne s'est pas vraiment adressé au second État, les principes exposés ci-dessus au sujet de l'État d'origine devraient s'appliquer. En d'autres termes, il y a lieu de présumer que la Grande-Bretagne est capable de protéger ses ressortissants.

Toutefois, une prémisse qui sous-tend cette présomption est que la citoyenneté comporte certaines conséquences fondamentales. L'une de celles-ci, comme le fait remarquer le juge MacGuigan, à la p. 699, est le droit d'obtenir, en tout temps, l'autorisation de séjour dans le pays. L'appelant a présenté la preuve, quoique non au moyen d'une opinion d'expert, de l'existence de la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984*. La version actuelle de cette Loi (*Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989* (R.-U.), 1989, ch. 4), qui a remplacé la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984*, semble permettre au gouvernement britannique d'interdire à un ressortissant d'être ou d'entrer en Grande-Bretagne, s'il est [TRADUCTION] «mêlé à la perpétration ou à la préparation d'actes de terrorisme, ou s'il a incité à accomplir de tels actes» relativement aux affaires de l'Irlande du Nord; voir les art. 4 et 5 de la Loi. Pareille preuve pourrait permettre de réfuter la présomption en démontrant l'absence de

Handbook, at paragraph 99, as a possible example of what might amount to a refusal of protection. The applicability of the presumption and its rebuttal are matters that depend upon the particular circumstances of this case and which must be determined by the Board.

Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Federal Court of Appeal and remit the case back to the Immigration and Refugee Board for an evaluation consistent with these reasons of the appellant's claim with reference to his second state of citizenship, Great Britain.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Rekai & Johnson, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees: The United Nations High Commissioner for Refugees, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Immigration and Refugee Board: The Immigration and Refugee Board, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: Parkdale Community Legal Services Inc., Toronto.

protection de la part de la Grande-Bretagne. Le refus d'admettre sur le territoire national est mentionné au paragraphe 99 du Guide du HCNUR comme exemple possible de ce qui pourrait équivaloir à un refus de protection. L'applicabilité de la présomption et sa réfutation sont des questions qui dépendent des circonstances particulières de l'espèce et qui doivent être tranchées par la Commission.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale et de renvoyer l'affaire à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour qu'elle effectue une évaluation, conforme aux présents motifs, de la revendication de l'appelant, en ce qui concerne le second État dont il a la citoyenneté, à savoir la Grande-Bretagne.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Rekai & Johnson, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés: Le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission de l'immigration et du statut de réfugié: La Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés: Parkdale Community Legal Services Inc., Toronto.

Roland Lapointe *Appellant*

v.

Domtar Inc. *Respondent*

and

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles *Mis en cause*

and

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Mis en cause*

INDEXED AS: DOMTAR INC. v. QUEBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES)

File No.: 22717.

1993: April 1; 1993: June 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Workers' compensation — Income replacement indemnity — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Interpretation of s. 60 of the Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases — Evocation — Standard of review applicable to Commission's decisions — Whether Commission's interpretation patently unreasonable — Whether in the absence of a patently unreasonable error conflicting decisions by two administrative tribunals may give rise to judicial review — Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 60.

Judicial review — Standard of review — Appellate administrative tribunal — Workers' compensation — Standard of review applicable to decisions of Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.

Judicial review — Basis for judicial intervention — Conflicting decisions by two administrative tribunals — Whether jurisprudential conflict constitutes an independent basis for judicial review.

Roland Lapointe *Appellant*

c.

^a **Domtar Inc.** *Intimée*

et

^b **Commission d'appel en matière de lésions professionnelles** *Mise en cause*

et

^c **Commission de la santé et de la sécurité du travail** *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: DOMTAR INC. c. QUÉBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES)

^d N° du greffe: 22717.

1993: 1^{er} avril; 1993: 30 juin.

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

^f EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Accidents du travail — Indemnité de remplacement du revenu — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Interprétation de l'art. 60 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — Évocation — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission — L'interprétation de la Commission est-elle manifestement déraisonnable? — En l'absence d'une erreur manifestement déraisonnable, un conflit jurisprudentiel entre deux instances administratives peut-il donner ouverture au contrôle judiciaire? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 60.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal administratif d'appel — Accidents du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.

Contrôle judiciaire — Motif d'intervention judiciaire — Conflit jurisprudentiel entre deux instances administratives — Un conflit jurisprudentiel constitue-t-il un motif autonome de contrôle judiciaire?

The appellant, an employee of the respondent company, was injured in an industrial accident three days before the temporary closure of the plant. Citing the closure, the company refused to compensate the employee for more than those three days. The Commission de la santé et de la sécurité du travail and the Bureau de révision paritaire affirmed the company's decision and dismissed the complaint of the employee, who argued that under s. 60 of the *Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases* ("A.I.A.O.D.") he was entitled to an income replacement indemnity covering the entire period of his disability, that is a period of 14 days. On appeal, the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles ("CALP") found for the employee and ordered the company to pay him, pursuant to s. 60, 90 percent of his net salary or wages for each day or part of a day he would normally have worked according to his usual work schedule, regardless of the plant closure. The Superior Court dismissed the company's motion in evocation because, in its view, the CALP had acted within its jurisdiction and its decision was not unreasonable. The Court of Appeal reversed this judgment and granted the application for evocation. While of the opinion that the CALP's decision was not patently unreasonable, the court nevertheless observed that with respect to the interpretation of s. 60 it was in the interest of justice to resolve at once the conflicting decisions of the CALP and the Labour Court, which has jurisdiction over penal proceedings under the *A.I.A.O.D.* Abandoning traditional curial deference, the court consequently intervened to resolve the unstable situation and held that under s. 60 an employer is not required to pay a salary or wages to an employee injured in an industrial accident when there is a plant closure. This appeal is to determine whether, in the absence of a patently unreasonable error, conflicting decisions by administrative tribunals may give rise to judicial review.

Held: The appeal should be allowed.

Strictly speaking, the interpretation of s. 60 is within the CALP's jurisdiction. A functional analysis of the *A.I.A.O.D.* clearly demonstrates that the legislature intended to give this tribunal the power to make a final ruling on the meaning and scope of s. 60. As an appellate administrative tribunal, the CALP hears and disposes exclusively of all appeals brought under the *A.I.A.O.D.* and its members have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction, including the power to rule on any question of law or of fact. Protected by a full privative clause, CALP decisions are final and without appeal and every person contemplated

L'appelant, un employé de la compagnie intimée, est victime d'un accident de travail trois jours avant la fermeture temporaire de l'usine. Invoquant cette fermeture, la compagnie refuse d'indemniser l'employé au-delà de ces trois journées. La Commission de la santé et de la sécurité du travail ainsi que le Bureau de révision paritaire confirment la décision de la compagnie et rejettent la plainte de l'employé qui soutient qu'en vertu de l'art. 60 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* («L.A.T.M.P.») il a droit à une indemnité de remplacement du revenu couvrant l'ensemble de son incapacité, soit une période de 14 jours. En appel, la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles («CALP») donne raison à l'employé et ordonne à la compagnie de lui verser, conformément à l'art. 60, 90 p. 100 de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où il aurait normalement travaillé selon son horaire habituel de travail et ce, sans égard à la fermeture de l'usine. La Cour supérieure rejette la requête en évocation présentée par la compagnie estimant que la CALP a agi dans le cadre de sa compétence et que sa décision n'est pas déraisonnable. La Cour d'appel infirme ce jugement et fait droit à la demande d'évocation. La cour estime que la décision de la CALP n'est pas manifestement déraisonnable. Cependant, elle souligne qu'en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 60 il est dans l'intérêt de la justice de trancher immédiatement le conflit jurisprudentiel qui existe entre la CALP et le Tribunal du travail dont relèvent les poursuites pénales intentées en vertu de la *L.A.T.M.P.* Laissant de côté la réserve judiciaire traditionnelle, la cour intervient donc pour mettre fin à l'instabilité de la situation et statue qu'en vertu de l'art. 60 il n'existe aucune obligation pour un employeur de payer un salaire à un employé victime d'un accident de travail lorsqu'il y a fermeture d'usine. Le présent pourvoi vise à déterminer si, en l'absence d'une erreur manifestement déraisonnable, un conflit jurisprudentiel au sein d'instances administratives donne ouverture au contrôle judiciaire.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'interprétation de l'art. 60 relève de la compétence *stricto sensu* de la CALP. Une analyse fonctionnelle de la *L.A.T.M.P.* démontre clairement que le législateur avait l'intention de confier à ce tribunal le pouvoir de se prononcer de manière définitive sur le sens et la portée de l'art. 60. À titre de tribunal administratif d'appel, la CALP connaît et dispose exclusivement de tous les appels interjetés en vertu de la *L.A.T.M.P.* et ses membres possèdent tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence, y compris le pouvoir de décider de toutes questions de droit et de fait. Les décisions de la CALP, protégées par une clause privative

in the decision must comply with them without delay. Further, s. 60 is not only one of the legislative provisions on which the CALP has the express power to rule, it employs concepts which are at the core of its area of expertise. The interpretation of s. 60 by the CALP is thus a function directly relating to the objective sought by the legislature. Since the interpretation of s. 60 is within the tribunal's jurisdiction, the standard of review applicable is whether the decision is patently unreasonable.

The CALP's decision is not patently unreasonable. It can be rationally defended both on the facts and on the law. While the CALP may have overlooked several important aspects which are peculiar to the general system of compensation, this is not a basis for judicial intervention as this would simply be an error of law within jurisdiction.

It is doubtful whether there is a conflict between the decisions of the CALP and the Labour Court with respect to the interpretation of s. 60. For one thing, the Court of Appeal's conclusion on this point is based on a single judgment of the Labour Court in a penal matter and fails to take into account the numerous decisions rendered by the CALP, which has always adopted the same interpretation. The situation created by an isolated decision at variance with a consistent line of authority cannot *a priori* be characterized as a true "jurisprudential conflict". Furthermore, these two bodies interpreted the same legislative provision, but in the particular context of each one's jurisdiction, in the one case a penal one and, in the other, an administrative one. Since these are matters where the ground rules are completely different, a disagreement on the interpretation of a legislative provision does not necessarily place the CALP and the Labour Court in a jurisprudential conflict. In addition, it is wrong to suggest that the CALP's interpretation leads to a dead end as there exists, parallel to the penal remedy, a civil remedy (s. 429 *A.I.A.O.D.*). Finally, the allegedly irreconcilable "conflict" between these two tribunals is mitigated by the fact that the Labour Court's decisions, unlike those of the CALP, can be appealed to the Superior Court under the *Code of Penal Procedure*.

Assuming however, without deciding the point, that the CALP's interpretation and that of the Labour Court create a jurisprudential conflict, such a conflict does not constitute an independent basis for judicial review. When decisions made within jurisdiction are not patently unreasonable, the principles underlying curial

complète, sont finales et sans appel et toute personne visée doit s'y conformer sans délai. De plus, tout en comptant parmi les dispositions législatives sur lesquelles la CALP a le pouvoir explicite de se prononcer, l'art. 60 fait appel à des notions qui sont au cœur de son domaine d'expertise. L'interprétation de l'art. 60 par la CALP constitue donc une fonction qui participe directement à l'objectif poursuivi par le législateur. Puisque l'interprétation de l'art. 60 relève de la compétence du tribunal, la norme de contrôle applicable est le caractère manifestement déraisonnable de sa décision.

La décision de la CALP n'est pas manifestement déraisonnable. C'est une décision qui est rationnellement défendable sous l'angle tant des faits que du droit. Même si la CALP a peut-être omis des nuances importantes qui sont propres au régime global d'indemnisation, cela ne constitue pas, pour autant, un motif d'intervention judiciaire car il ne s'agirait là que d'une simple erreur de droit commise dans le cadre de sa compétence.

Il semble douteux qu'il existe un conflit jurisprudentiel entre la CALP et le Tribunal du travail relativement à l'interprétation de l'art. 60. D'une part, la conclusion de la Cour d'appel à ce sujet repose sur une seule décision du Tribunal du travail en matière pénale et ne tient pas compte des nombreuses décisions rendues par la CALP qui a toujours adopté la même interprétation. La situation créée par une décision isolée à l'encontre d'une jurisprudence constante ne saurait, *a priori*, être qualifiée de véritable «conflit jurisprudentiel». D'autre part, ces deux organismes interprètent un même texte législatif mais dans le contexte particulier de la compétence de chacun, l'un en matière pénale, l'autre en matière administrative. Puisque ces deux matières ont des règles de base totalement différentes, un désaccord sur l'interprétation d'une disposition législative ne place pas nécessairement la CALP et le Tribunal du travail en situation de conflit jurisprudentiel. De plus, il est faux de prétendre que l'interprétation de la CALP conduit à une impasse puisqu'il existe, parallèlement au recours pénal, un recours civil (art. 429 *L.A.T.M.P.*). Finalement, le caractère prétendument définitif du «conflit» entre ces deux tribunaux est tempéré par le fait que les décisions du Tribunal du travail sont, contrairement aux décisions de la CALP, appelables devant la Cour supérieure en vertu du *Code de procédure pénale*.

Toutefois, assumant sans en décider que l'interprétation de la CALP et celle du Tribunal du travail créent un conflit jurisprudentiel, un tel conflit ne constitue pas un motif autonome de contrôle judiciaire. Dans le cas de décisions intrajuridictionnelles qui ne sont pas manifestement déraisonnables, ce sont les principes sous-jacents

deference should prevail. Consistency in the application of the law is a valid objective but is not an absolute one. This objective must be pursued in keeping with the decision-making autonomy and independence of members of the administrative bodies. Inquiring into a case of decision-making inconsistency and solving it where there is no patently unreasonable error means altering the institutional relationship between administrative tribunals and courts. Such intervention by a court of law risks eliminating the decision-making autonomy, expertise and effectiveness of the administrative tribunal and risks, at the same time, thwarting the original intention of the legislature, which has already determined that the administrative tribunal is the one in the best position to rule on the disputed decision. Administrative tribunals have the authority to err within their area of expertise, and a lack of unanimity is the price to pay for the decision-making freedom and independence given to the members of these tribunals. Recognizing the existence of a conflict in decisions as an independent basis for judicial review would constitute a serious undermining of those principles given that administrative tribunals and the legislature have the power to resolve such conflicts themselves.

Cases Cited

Disapproved: *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261; **considered:** *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1984), 48 O.R. (2d) 225; *United Steelworkers of America, Local 14097 v. Franks* (1990), 75 O.R. (2d) 382; **referred to:** *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, [1986] C.A.L.P. 48; *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. BG Chéco International Ltée*, [1991] T.T. 405; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association, Local 269*, [1983] 1 S.C.R. 245; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993]

à la retenue judiciaire qui doivent primer. La cohérence dans l'application de la loi constitue un objectif valable mais il n'a pas un caractère absolu. Cet objectif doit se poursuivre dans le respect de l'autonomie et de l'indépendance décisionnelle des membres des organismes administratifs. Enquêter sur un cas d'incohérence décisionnelle et le solutionner en l'absence d'une erreur manifestement déraisonnable, c'est modifier le rapport institutionnel entre les tribunaux administratifs et les cours de justice. Une telle intervention de la part d'une cour de justice risque de réduire à néant l'autonomie décisionnelle, l'expertise et l'efficacité du tribunal administratif et risque, par la même occasion, de contrecarrer l'intention première du législateur qui a déjà déterminé que le tribunal administratif est celui qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée. Les tribunaux administratifs ont la compétence de se tromper dans le cadre de leur expertise, et l'absence d'unanimité est le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle accordées aux membres de ces tribunaux. Reconnaître l'existence d'un conflit jurisprudentiel comme motif autonome de contrôle judiciaire constituerait une grave entorse à ces principes, compte tenu que les tribunaux administratifs et le législateur ont le pouvoir de régler eux-mêmes ces conflits.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261; **arrêts examinés:** *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1984), 48 O.R. (2d) 225; *United Steelworkers of America, Local 14097 c. Franks* (1990), 75 O.R. (2d) 382; **arrêts mentionnés:** *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, [1986] C.A.L.P. 48; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. BG Chéco International Ltée*, [1991] T.T. 405; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax, section locale 269*, [1983] 1 R.C.S. 245; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Fraternité unie des char-*

2 S.C.R. 316; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Desmeules et Entreprises B.L.H. Inc.*, [1986] C.A.L.P. 66; *Béland et Mines Wabush, C.A.L.P.*, No. 00138-09-8604, November 27, 1986; *Collins & Aikman Inc. et Dansereau*, [1986] C.A.L.P. 134; *Lambert et Vic Métal Corp.*, [1986] C.A.L.P. 147; *Létourneau et Électricité Kingston Inc.*, [1986] C.A.L.P. 241; *Hydro-Québec v. Conseil des services essentiels* (1991), 41 Q.A.C. 292; *Syndicat canadien de la Fonction publique v. Commission des écoles catholiques de Québec*, J.E. 90-176; *Syndicat des communications graphiques, local 509M v. Auclair*, [1990] R.J.Q. 334; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases, R.S.Q., c. A-3.001, ss. 1, 44, 60, 349, 350, 358 [am. 1992, c. 11, s. 31], 373 et seq., 391, 396 [am. 1986, c. 58, s. 114], 397, 400, 405, 406, 407, 409, 429, 458 [am. 1990, c. 4, s. 35], 473 [am. *idem*, s. 38], 589.
Act respecting Occupational Health and Safety, R.S.Q., c. S-2.1.
Code of Penal Procedure, R.S.Q., c. C-25.1.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 112.

Authors Cited

Comtois, Suzanne. "Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs" (1990), 21 *R.D.U.S.* 77.
 Jobin, Jean-François. "Le contrôle judiciaire des erreurs de compétence ou dites proprement juridictionnelles: où en sommes-nous?" (1990), 50 *R. du B.* 731.
 MacLauchlan, H. Wade. "Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency" (1984), 8 *Dalhousie L.J.* 435.

pentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd., [1993] 2 R.C.S. 316; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *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; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Desmeules et Entreprises B.L.H. Inc.*, [1986] C.A.L.P. 66; *Béland et Mines Wabush, C.A.L.P.*, n° 00138-09-8604, le 27 novembre 1986; *Collins & Aikman Inc. et Dansereau*, [1986] C.A.L.P. 134; *Lambert et Vic Métal Corp.*, [1986] C.A.L.P. 147; *Létourneau et Électricité Kingston Inc.*, [1986] C.A.L.P. 241; *Hydro-Québec c. Conseil des services essentiels* (1991), 41 Q.A.C. 292; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Commission des écoles catholiques de Québec*, J.E. 90-176; *Syndicat des communications graphiques, local 509M c. Auclair*, [1990] R.J.Q. 334; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952.

Lois et règlements cités

Code de procédure pénale, L.R.Q., ch. C-25.1.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 112.
Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., ch. S-2.1.
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 1, 44, 60, 349, 350, 358 [mod. 1992, ch. 11, art. 31], 373 et suiv., 391, 396 [mod. 1986, ch. 58, art. 114], 397, 400, 405, 406, 407, 409, 429, 458 [mod. 1990, ch. 4, art. 35], 473 [mod. *idem*, art. 38], 589.

Doctrine citée

Comtois, Suzanne. «Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs» (1990), 21 *R.D.U.S.* 77.
 Jobin, Jean-François. «Le contrôle judiciaire des erreurs de compétence ou dites proprement juridictionnelles: où en sommes-nous?» (1990), 50 *R. du B.* 731.
 MacLauchlan, H. Wade. «Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency» (1984), 8 *Dalhousie L.J.* 435.

Morissette, Yves-Marie. "Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse" (1986), 16 *R.D.U.S.* 591.

Mullan, David J. "Natural Justice and Fairness — Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?" (1982), 27 *McGill L.J.* 250.

Ouellette, Yves. "Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs: une jurisprudence inconstante?" (1990), 50 *R. du B.* 753.

Ouimet, Hélène. "Commentaires sur l'affaire Produits Pétro-Canada c. Moalli" (1987), 47 *R. du B.* 852.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 2438, 39 Q.A.C. 304, reversing a judgment of the Superior Court, [1987] C.A.L.P. 254, dismissing a motion in evocation with respect to a decision of the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, [1986] C.A.L.P. 116. Appeal allowed.

Laurent Roy, for the appellant.

René Delorme and *Martin Roy*, for the respondent.

Claire Delisle, for the *mis en cause* CALP.

Jean-Claude Paquet, *Louise Chayer* and *Berthi Fillion*, for the *mis en cause* CSST.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises questions which lie at the core of the institutional relationship between courts of law and administrative tribunals. The issue is whether, in the absence of a patently unreasonable error, conflicting decisions by administrative tribunals may give rise to judicial review. The provision at issue here (s. 60 of the *Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 ("A.I.A.O.D.")) reads as follows:

60. The employer of a worker at the time he suffers an employment injury shall pay him, if he becomes unable to carry on his employment by reason of his injury, 90% of his net salary or wages for each day or part of a day the worker would normally have worked had he not

Morissette, Yves-Marie. «Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse» (1986), 16 *R.D.U.S.* 591.

Mullan, David J. «Natural Justice and Fairness — Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?» (1982), 27 *R.D. McGill* 250.

Ouellette, Yves. «Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs: une jurisprudence inconstante?» (1990), 50 *R. du B.* 753.

Ouimet, Hélène. «Commentaires sur l'affaire Produits Pétro-Canada c. Moalli» (1987), 47 *R. du B.* 852.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 2438, 39 Q.A.C. 304, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1987] C.A.L.P. 254, qui avait rejeté une requête en évocation à l'encontre d'une décision de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, [1986] C.A.L.P. 116. Pourvoi accueilli.

Laurent Roy, pour l'appellant.

René Delorme et *Martin Roy*, pour l'intimée.

Claire Delisle, pour la mise en cause CALP.

Jean-Claude Paquet, *Louise Chayer* et *Berthi Fillion*, pour la mise en cause CSST.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi porte sur des questions qui sont au cœur du rapport institutionnel entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Il s'agit de déterminer si, en l'absence d'erreur manifestement déraisonnable, un conflit jurisprudentiel au sein d'instances administratives donne, néanmoins, ouverture au contrôle judiciaire. La disposition ici en cause (l'art. 60 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 («L.A.T.M.P.»)) se lit ainsi:

60. L'employeur au service duquel se trouve le travailleur lorsqu'il est victime d'une lésion professionnelle lui verse, si celui-ci devient incapable d'exercer son emploi en raison de sa lésion, 90 % de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où ce travailleur aurait nor-

been disabled, for fourteen full days following the beginning of his disability.

The employer shall pay the salary or wages referred to in the first paragraph to the worker at the time he would normally have paid them to him if the worker has furnished the medical certificate contemplated in section 199.

The salary or wages referred to in the first paragraph constitute an income replacement indemnity to which the worker is entitled for fourteen full days following the commencement of his disability and the Commission shall reimburse the amount thereof to the employer within fourteen days of receipt of his claim, failing which it shall pay him interest determined in accordance with section 323 from the first day it is late.

If the Commission subsequently decides that the worker is not entitled to the whole or part of the indemnity, the Commission shall claim reimbursement from the worker in accordance with Division I of Chapter XIII.

I—Facts

At about 11:30 a.m. on December 17, 1985, the appellant, a joiner permanently employed by the respondent Domtar Inc., was injured in an industrial accident. As a consequence of his employment injury, he was unable to carry on his employment from December 18, 1985 until January 2, 1986. In the days preceding the accident, Domtar had planned and announced the temporary closure of its newsprint plant for the period from 4 p.m. on December 21, 1985 to 8 a.m. on January 2, 1986.

Domtar compensated the appellant for the day of December 18 and for the days of December 19 and 20. Citing the temporary closure of the plant, Domtar refused to compensate the appellant for more than those three days. On January 6, 1986, in a complaint submitted to the *mis en cause* the Commission de la santé et de la sécurité du travail ("CSST"), the appellant argued that he was entitled to an income replacement indemnity covering the entire period of his disability, that is a period of 14 days ending on January 2, 1986. On January 24, 1986, the CSST dismissed the complaint and confirmed that Domtar had paid the correct amount. On January 30, 1986, the appellant asked the com-

malement travaillé, n'eût été de son incapacité, pendant les 14 jours complets suivant le début de cette incapacité.

L'employeur verse ce salaire au travailleur à l'époque où il le lui aurait normalement versé si celui-ci lui a fourni l'attestation médicale visée dans l'article 199.

Ce salaire constitue l'indemnité de remplacement du revenu à laquelle le travailleur a droit pour les 14 jours complets suivant le début de son incapacité et la Commission en rembourse le montant à l'employeur dans les 14 jours de la réception de la réclamation de celui-ci, à défaut de quoi elle lui paie des intérêts, déterminés conformément à l'article 323, à compter du premier jour de retard.

Si, par la suite, la Commission décide que le travailleur n'a pas droit à cette indemnité, en tout ou en partie, elle doit lui en réclamer le trop-perçu conformément à la section I du chapitre XIII.

I—Facts

Le 17 décembre 1985, vers 11 h 30, l'appellant, menuisier permanent à l'emploi de l'intimée Domtar Inc., est victime d'un accident de travail. En raison de sa lésion professionnelle, il est incapable d'exercer son emploi du 18 décembre 1985 jusqu'au 2 janvier 1986. Dans les jours précédant l'accident, Domtar avait planifié et annoncé la fermeture temporaire de son usine de papier journal pour la période du 21 décembre 1985 à 16 heures au 2 janvier 1986 à 8 heures.

Domtar indemnise l'appellant pour la journée du 18 décembre, ainsi que pour les journées du 19 et 20 décembre. Invoquant la fermeture temporaire de l'usine, Domtar refuse d'indemniser l'appellant au-delà de ces trois journées. Le 6 janvier 1986, par le biais d'une plainte adressée à la mise en cause la Commission de la santé et de la sécurité du travail («CSST»), l'appellant soutient qu'il a droit à une indemnité de remplacement de revenu couvrant l'ensemble de son incapacité, soit une période de 14 jours prenant fin le 2 janvier 1986. Le 24 janvier 1986, la CSST rejette la plainte et confirme l'exactitude du paiement effectué par Domtar. Le 30 janvier 1986, l'appellant s'adresse

compensation branch of the CSST to issue a payment order against Domtar. On February 10, 1986, the compensation branch affirmed the CSST's original decision and denied the application for an order.

On February 21, 1986, the appellant filed an application for review with the Bureau de révision paritaire ("BRP") of the CSST. On April 10, 1986, a majority of the BRP affirmed the original decision. The appellant then appealed to the *mis en cause* the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles ("CALP"). On November 27, 1986, the CALP found that on account of his employment injury and in accordance with s. 60 *A.I.A.O.D.*, the appellant was entitled to 90 percent of his net salary or wages for each day or part of a day on which, according to his usual work schedule, he would have worked between December 22, 1985, the date on which the plant closed, and January 1, 1986. The CALP accordingly reversed the decision of the BRP and ordered Domtar to pay the appellant this amount.

On December 23, 1986 Domtar brought a motion in evocation to the Quebec Superior Court from the decision of the CALP. By judgment dated June 30, 1987, the motion in evocation was dismissed. This decision was appealed to the Quebec Court of Appeal. By a unanimous judgment dated September 11, 1991, that court allowed the appeal, granted the motion in evocation and reversed the CALP decision.

II—Legislation

The mechanism set up by the legislature to implement the *A.I.A.O.D.* comprises several decision-making bodies.

The CSST, established by the *Act respecting Occupational Health and Safety*, R.S.Q., c. S-2.1, is the body responsible for administering the *A.I.A.O.D.* (s. 589). Section 349 *A.I.A.O.D.* gives it jurisdiction to decide any question contemplated by the Act:

349. The Commission has exclusive jurisdiction to decide any matter or question contemplated in this Act

au service de réparation de la CSST afin que celui-ci rende une ordonnance de paiement contre Domtar. Le 10 février 1986, le service de réparation confirme la décision originale de la CSST et rejette la demande d'ordonnance.

Le 21 février 1986, l'appellant dépose une demande de révision auprès du Bureau de révision paritaire («BRP») de la CSST. Le 10 avril 1986, ce dernier confirme majoritairement la décision originale. L'appellant interjette alors appel devant la mise en cause la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles («CALP»). En date du 27 novembre 1986, celle-ci déclare qu'en raison de sa lésion professionnelle et conformément à l'art. 60 *L.A.T.M.P.*, l'appellant a droit à 90 p. 100 de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où il aurait travaillé, selon son horaire habituel de travail, du 22 décembre 1985, date de fermeture de l'usine, jusqu'au 1^{er} janvier 1986. La CALP infirme ainsi la décision du BRP et ordonne à Domtar de verser cette somme à l'appellant.

Le 23 décembre 1986, Domtar se pourvoit en évocation devant la Cour supérieure du Québec à l'encontre de la décision de la CALP. Par jugement en date du 30 juin 1987, la requête en évocation est rejetée. Cette décision est portée en appel devant la Cour d'appel du Québec. Par jugement unanime en date du 11 septembre 1991, celle-ci accueille le pourvoi, fait droit à la requête en évocation et infirme la décision de la CALP.

II—Dispositions législatives

Le mécanisme mis en place par le législateur pour l'application de la *L.A.T.M.P.* comprend plusieurs instances décisionnelles.

La CSST, instituée par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1, est l'organisme chargé d'administrer la *L.A.T.M.P.* (art. 589). L'article 349 *L.A.T.M.P.* lui attribue la compétence de décider de toute question visée par celle-ci:

349. La Commission a compétence exclusive pour décider d'une affaire ou d'une question visée dans la pré-

unless a special provision gives the jurisdiction to another person or agency.

Decisions of the CSST are subject to the following privative clause:

350. Except on a question of jurisdiction, no proceedings under article 33 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) nor any extraordinary recourse within the meaning of the said Code may be taken, nor any provisional remedy be ordered against the Commission by reason of an act performed or decision rendered pursuant to an Act under its administration.

The BRP is an intermediary level of jurisdiction. A person aggrieved by a decision of the CSST may ask this body to review it. Section 358 *A.I.A.O.D.* reads as follows:

358. A person who believes he has been wronged by a decision rendered by the Commission under this Act may, within 30 days of notification of the decision, apply for review thereof by a review office established under the Act respecting occupational health and safety (chapter S-2.1).

However, a person may not apply for the review of any matter of a medical nature in respect of which the Commission is bound under section 224 or of any decision of the Commission rendered under section 256 or the first paragraph of section 365.2, or for the review of a refusal by the Commission to reconsider its decision pursuant to the first paragraph of section 365.

BRP decisions are not protected by a privative clause.

The CALP is the body to which BRP decisions may be appealed. Under s. 397 *A.I.A.O.D.*, the CALP has exclusive jurisdiction to hear and dispose of appeals brought under ss. 37.3 and 193 of the *Act respecting Occupational Health and Safety* and the *A.I.A.O.D.* Section 400 further provides:

400. The board of appeal may confirm the decision or the order brought before it; it may also quash the decision or the order and shall in that case render the decision or make the order that should have been given initially.

sente loi, à moins qu'une disposition particulière ne donne compétence à une autre personne ou à un autre organisme.

Les décisions de la CSST bénéficient de la clause privative suivante:

350. Sauf sur une question de compétence, une action en vertu de l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ou un recours extraordinaire au sens de ce code ne peut être exercé, et une mesure provisionnelle ne peut être ordonnée contre la Commission pour un acte fait ou une décision rendue en vertu d'une loi qu'elle administre.

Le BRP constitue une instance intermédiaire. Une personne qui se croit lésée par une décision de la CSST peut en demander la révision à cet organisme. L'article 358 *L.A.T.M.P.* se lit ainsi:

358. Une personne qui se croit lésée par une décision rendue par la Commission en vertu de la présente loi peut, dans les 30 jours de sa notification, en demander la révision par un bureau de révision constitué en vertu de la Loi sur la santé et la sécurité du travail (chapitre S-2.1).

Cependant, une personne ne peut demander la révision d'une question d'ordre médical sur laquelle la Commission est liée en vertu de l'article 224 ou d'une décision que la Commission a rendue en vertu de l'article 256 ou du premier alinéa de l'article 365.2, ni demander la révision du refus de la Commission de reconsidérer sa décision en vertu du premier alinéa de l'article 365.

Les décisions des BRP ne sont pas protégées par une clause privative.

La CALP est l'organisme devant lequel il est possible d'interjeter appel des décisions du BRP. En vertu de l'art. 397 *L.A.T.M.P.*, la CALP connaît et dispose, exclusivement à tout autre tribunal, des appels interjetés en vertu des art. 37.3 et 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* et de la *L.A.T.M.P.* Par ailleurs, l'art. 400 dispose:

400. La Commission d'appel peut confirmer la décision, l'ordre ou l'ordonnance porté devant elle; elle peut aussi l'infirmier et doit alors rendre la décision, l'ordre ou l'ordonnance qui, selon elle, aurait dû être rendu en premier lieu.

CALP decisions are final and not subject to appeal and they are protected by a full privative clause:

405. Every decision of the board of appeal must be in writing and substantiated, signed and notified to the parties and to the Commission. ^a

Decisions are final and without appeal and every person contemplated in the decision shall comply therewith without delay. ^b

409. Except on a question of jurisdiction, no proceedings under article 33 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) nor any extraordinary recourse within the meaning of the said Code may be taken, nor any provisional remedy be ordered against the board of appeal or one of its commissioners acting in his official capacity. ^c

A judge of the Court of Appeal may annul summarily, upon a motion, any action granted, any writ, order or injunction issued or granted contrary to this section. ^d

The Labour Court was established by the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 112. Penal proceedings under the *A.I.A.O.D.* are brought before it. Section 473 reads as follows: ^e

473. Proceedings pursuant to this chapter are instituted before the Labour Court created by the Labour Code (chapter C-27) and sections 118, 121, 124 to 128 and 133 to 136 of that Code apply. ^f

No proceedings may be brought except by the Commission or by a person generally or specially designated by it for that purpose within one year after the Commission becomes aware of the offence. ^g

A breach of s. 60 *A.I.A.O.D.* is dealt with in s. 458: ^h

458. Every employer who contravenes the first paragraph of section 32 or 33, section 59, the first or second paragraph of section 60 . . . is guilty of an offence and liable to a fine of not less than \$500 nor more than \$1 000 in the case of a natural person and to a fine of not less than \$1 000 nor more than \$2 000 in the case of a legal person. ⁱ

Decisions of the Labour Court may be appealed to the Superior Court under the *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1. ^j

Les décisions de la CALP sont finales et sans appel et elles sont protégées par une clause privative complète:

405. Toute décision de la Commission d'appel doit être écrite, motivée, signée et notifiée aux parties et à la Commission.

Cette décision est finale et sans appel et toute personne visée doit s'y conformer sans délai.

409. Sauf sur une question de compétence, une action en vertu de l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ou un recours extraordinaire au sens de ce code ne peut être exercé, et une mesure provisionnelle ne peut être ordonnée contre la Commission d'appel ou l'un de ses commissaires agissant en sa qualité officielle.

Un juge de la Cour d'appel peut, sur requête, annuler sommairement une action accueillie, un bref ou une ordonnance délivré ou une injonction accordée à l'encontre du présent article.

Le Tribunal du travail a été institué par le *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, art. 112. Les poursuites pénales intentées en vertu de la *L.A.T.M.P.* sont portées devant lui. L'article 473 se lit ainsi:

473. Une poursuite en vertu du présent chapitre est intentée devant le Tribunal du travail créé par le Code du travail (chapitre C-27) et les articles 118, 121, 124 à 128 et 133 à 136 de ce code s'appliquent.

Cette poursuite ne peut être intentée que par la Commission ou une personne qu'elle désigne généralement ou spécialement à cette fin, dans l'année qui suit la connaissance de l'infraction par la Commission.

L'infraction relative à l'art. 60 *L.A.T.M.P.* est prévue à l'art. 458:

458. L'employeur qui contrevient au premier alinéa des articles 32 ou 33, à l'article 59, au premier ou au deuxième alinéa de l'article 60 [. . .] commet une infraction et est passible d'une amende d'au moins 500 \$ et d'au plus 1 000 \$ s'il s'agit d'une personne physique, et d'une amende d'au moins 1 000 \$ et d'au plus 2 000 \$ s'il s'agit d'une personne morale.

Le jugement du Tribunal du travail est appealable devant la Cour supérieure conformément au *Code de procédure pénale*, L.R.Q., ch. C-25.1.

III—Judgments

Bureau de révision paritaire, [1985-86] B.R.P. 505

The majority summed up the issue as follows (at p. 506):

[TRANSLATION] The issue raised before the Bureau de révision paritaire is whether the worker was entitled to more than two days' compensation for his period of disability from December 19, 1985 to January 2, 1986.

It added (at p. 507):

[TRANSLATION] In order to answer the question raised it must be determined whether, *had he not been disabled*, the worker would *normally* have worked during the 14-day period following the beginning of his disability. Specifically, if the worker had not suffered the industrial accident on December 17, 1985, would he have worked during that 14-day period?

In our opinion, the closure of the plant must be regarded as normal in this case as it was scheduled, and even if the worker had not suffered an accident he would only have received two days of his wages, that is up to December 20, 1985, as indeed most of the workers did. [Emphasis in original.]

In the absence of evidence establishing that the appellant intended to use his seniority right during the layoff period to bump another employee with less seniority, the majority concluded that the application should be dismissed (at p. 507):

[TRANSLATION] We accordingly believe that had he not been disabled, and based on the evidence presented, Mr. Lapointe would normally have worked only 2 days, namely December 19 and 20, during the 14-day period following the beginning of his disability.

The original decision is accordingly upheld.

In the opinion of the dissenting member, Mr. Tardif, there was no doubt that the appellant intended to use his seniority right. Being of the view that, had the appellant not been disabled, this seniority right would have enabled him to work during the layoff period, Mr. Tardif would have overturned the CSST's decision and ordered Domtar to compensate the appellant for each day or part of a day he would have worked during the

III—Jugements

Bureau de révision paritaire, [1985-86] B.R.P. 505

La majorité résume la question en litige ainsi (à la p. 506):

La question soulevée devant le Bureau de révision paritaire est à l'effet de déterminer si le travailleur avait droit à plus de deux jours d'indemnité pour sa période d'incapacité du 19 décembre 1985 au 2 janvier 1986.

Elle poursuit (à la p. 507):

Pour répondre à la question soulevée, il faut rechercher si le travailleur aurait *normalement* travaillé, *n'eût été de son incapacité*, durant la période de 14 jours suivant le début de son incapacité. Plus précisément, si le travailleur n'avait pas subi d'accident du travail le 17 décembre 1985, est-ce qu'il aurait travaillé durant cette période de 14 jours.

À notre avis, la fermeture de l'usine doit être considérée comme normale dans ce cas, car elle était prévue et même si le travailleur n'avait pas été accidenté, il n'aurait reçu que deux jours de son salaire soit jusqu'au 20 décembre 1985 comme la majorité des travailleurs, d'ailleurs. [En italique dans l'original.]

D'autre part, en l'absence de preuve démontrant que l'appellant avait l'intention d'utiliser son droit d'ancienneté afin de déplacer, durant la période de mise à pied, un autre employé ayant moins d'ancienneté, la majorité conclut au rejet de la demande (à la p. 507):

En conséquence, nous croyons que M. Lapointe, n'eût été de son incapacité et compte tenu de la preuve faite, n'aurait normalement travaillé que 2 jours, soit le 19 et le 20 décembre, et ce, pour la période de 14 jours suivant le début de son incapacité.

La décision originale est donc maintenue.

Le membre dissident, M. Tardif, est d'avis que l'intention de l'appellant d'utiliser son droit d'ancienneté ne faisait pas de doute. Estimant que ce droit d'ancienneté lui aurait permis, n'eût été de son incapacité, de travailler durant la période de mise à pied, M. Tardif aurait infirmé la décision de la CSST et ordonné à Domtar d'indemniser l'appellant pour chaque jour ou partie de jour où il aurait travaillé et ce, pour les 14 jours suivant le début de

14 days following the beginning of his disability. (The dissenting member's reasons are not reported in the B.R.P.)

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, [1986] C.A.L.P. 116

After reviewing the wording and purpose of s. 60 *A.I.A.O.D.*, the CALP found that the expression "would normally have worked" could not be separated from the words "had he not been disabled" which immediately follow it. Accordingly, it considered that, in interpreting this provision, no account whatever could be taken of factors or circumstances extrinsic to the worker's inability to carry on his employment by reason of his employment injury. The CALP referred to its own decision in *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, [1986] C.A.L.P. 48, to the effect that the suspension or breach of an employment contract by a layoff has no effect on the worker's inability to carry on his employment as a result of an employment injury. Applying these principles to the facts of this case, it added (at p. 119):

[TRANSLATION] In the present case, the appellant was employed by the party concerned on December 17, 1985, the date on which he suffered an employment injury. By reason of this employment injury the appellant was unable to carry on his employment until January 2, 1986.

Under s. 60 of the *Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases*, the party concerned was therefore obliged to pay the appellant, regardless of the plant closure, 90% of his net salary or wages for each day or part of a day he would normally have worked, according to his usual work schedule, had it not been for his inability to carry on his employment by reason of his injury for the first 14 full days following the beginning of that disability.

It concluded that Domtar should pay the appellant 90 percent of his net salary or wages for each day or part of a day he would normally have worked according to his usual work schedule, regardless of the plant closure.

son incapacité. (À noter que les motifs du membre dissident ne sont pas publiés au B.R.P.)

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, [1986] C.A.L.P. 116

Après avoir fait état du texte et de l'objet de l'art. 60 *L.A.T.M.P.*, la CALP juge que l'expression «aurait normalement travaillé» ne peut être dissociée des termes «n'eût été de son incapacité», qui la suivent immédiatement. En conséquence, elle estime que l'on ne saurait, aux fins d'interprétation de cette disposition, tenir compte de facteurs ou circonstances extrinsèques à l'incapacité du travailleur d'exercer son emploi en raison de sa lésion professionnelle. La CALP réfère à sa propre décision dans l'affaire *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, [1986] C.A.L.P. 48, à l'effet que la suspension ou la rupture du contrat de travail par une mise à pied n'a aucune incidence sur l'incapacité du travailleur d'exercer son emploi à la suite d'une lésion professionnelle. Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, elle poursuit (à la p. 119):

Dans la présente instance, l'appelant était au service de la partie intéressée le 17 décembre 1985, date à laquelle il a subi une lésion professionnelle. En raison de cette lésion professionnelle, l'appelant a été incapable d'exercer son emploi jusqu'au 2 janvier 1986.

En vertu de l'article 60 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, la partie intéressée devait donc verser à l'appelant, et ce, sans égard à la fermeture de l'usine, 90 % de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où il aurait normalement travaillé, selon son horaire habituel de travail, n'eût été de son incapacité d'exercer son emploi en raison de sa lésion pendant les 14 premiers jours complets suivant le début de cette incapacité.

Elle conclut que Domtar devait verser à l'appelant 90 p. 100 de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où il aurait normalement travaillé selon son horaire habituel de travail et ce, sans égard à la fermeture de l'usine.

Superior Court, [1987] C.A.L.P. 254

Summarizing the CALP's conclusion in this case and in *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, *supra*, Masson J. recalled the purpose and wording of the *A.I.A.O.D.* Even if the CALP's decision was wrong, he was of the view that the CALP had nevertheless acted within its general jurisdiction (at p. 257):

[TRANSLATION] We are of the view that, by acting in this way, the respondent Commission d'appel carried out one of the duties imposed on it by law and acted within its general jurisdiction.

The decision of the Commission d'appel may be wrong, but it was nonetheless made within the limits of its jurisdiction.

Adding that the CALP's decision was not unreasonable, Masson J. concluded that the CALP had not exceeded its jurisdiction and he accordingly dismissed the motion in evocation.

Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 2438

Mailhot J.A.

Mailhot J.A. first reviewed ss. 405 and 409 *A.I.A.O.D.*, which exclude, respectively, all appeals from decisions of the CALP and extraordinary remedies, except on a question of jurisdiction. She noted that, for the CALP's decision to be reversed, it had to be shown that the CALP had [TRANSLATION] "exceeded its jurisdiction or given the provision in question an interpretation so unreasonable that it could not be rationally supported on the relevant legislation" (p. 2441).

Recalling the wording of s. 60 *A.I.A.O.D.* and the arguments of the parties, Mailhot J.A. considered that the application of the patently unreasonable error test would not satisfactorily dispose of the case. In this regard, she cited the Labour Court's decision in *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. BG Chéco International Ltée*, [1991] T.T. 405, where it was held that s. 60 raised a reasonable, significant and insurmountable doubt as to an employer's duty in the event of a layoff occurring within the 14-day period mentioned in that provision. Mailhot J.A. also referred

Cour supérieure, [1987] C.A.L.P. 254

Résumant la conclusion de la CALP en l'espèce ainsi que l'affaire *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, précitée, le juge Masson rappelle l'objet et la nomenclature de la *L.A.T.M.P.* Même si la décision de la CALP s'avérait mal fondée, il estime que cette dernière a néanmoins agi dans le cadre de sa compétence globale (à la p. 257):

En agissant ainsi, nous sommes d'opinion que la Commission d'appel intimée a rempli l'une des fonctions dont elle était chargée par la loi et a agi à l'intérieur de sa compétence globale.

La décision de la Commission d'appel est peut-être mal fondée, mais elle a néanmoins été prise dans les cadres de sa compétence.

Ajoutant que la décision de la CALP n'était pas déraisonnable, le juge Masson conclut que la CALP n'avait pas excédé sa juridiction et il rejette, en conséquence, la requête en évocation.

Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 2438

Le juge Mailhot

Le juge Mailhot fait d'abord état des art. 405 et 409 *L.A.T.M.P.* qui excluent, respectivement, tout appel des décisions de la CALP et les recours extraordinaires, sauf en matière de compétence. Elle note que, pour que la décision de la CALP soit infirmée, il faut démontrer que celle-ci est «sortie de sa compétence ou a donné une interprétation au texte visé qui soit déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente» (p. 2441).

Rappelant le texte de l'art. 60 *L.A.T.M.P.* et les arguments des parties, le juge Mailhot estime que l'application du critère de l'erreur manifestement déraisonnable ne réglerait pas le litige de manière satisfaisante. Elle cite, à cet égard, la décision du Tribunal du travail dans l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. BG Chéco International Ltée*, [1991] T.T. 405, où il fut jugé que l'art. 60 laissait subsister un doute raisonnable, sérieux et insurmontable quant à l'obligation d'un employeur dans le cas d'une mise à pied survenant pendant la période de 14 jours prévue à cette dis-

to the Court of Appeal's decision in *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261, and observed that it was in the interest of justice for the conflict to be resolved at once, regardless of traditional curial deference, because such deference, while ordinarily leading to dismissal of the application for evocation, did not resolve the unstable situation. Although there were two possibilities which could be rationally defended, in her opinion the ideal of justice, which promotes the rule of law, was not really served. She therefore felt it desirable that the intention of the legislature should prevail.

Concluding that the issue could only be resolved by the exception indicated in *Moalli*, Mailhot J.A. noted that the legislative intent was not to treat injured workers differently from other workers as regards the first 14 days covered by s. 60. In her view, the words "for each day or part of a day the worker would normally have worked" are intended to ensure that the injured person is treated like other workers, in other words, that he is entitled to the salary or wages to which he would have been entitled if the employer had work to give him and could do so, if these days were part of his regular schedule or if his contract was still in effect. Finally, Mailhot J.A. noted that this interpretation is fairer to everyone and is consistent with the other provisions of the *A.I.A.O.D.* She concluded that, as there is no obligation to pay a salary or wages when there is a plant closure, strike, lock-out, layoff, unpaid leave and so on, there can be no obligation on the employer to pay 90 percent of the net salary or wages during these periods.

Mailhot J.A. accordingly would have allowed the appeal and granted the application for evocation.

Baudouin J.A. (concurring)

While concurring in Mailhot J.A.'s conclusion, Baudouin J.A. was of the view that, even though the wording of s. 60 may be open to several inter-

position. Le juge Mailhot réfère aussi à la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261, et souligne qu'il est dans l'intérêt de la justice de trancher immédiatement le conflit, laissant de côté la réserve judiciaire traditionnelle, parce que cette réserve, tout en conduisant normalement au rejet de la demande d'évocation, ne mettait pas fin à l'instabilité de la situation. Bien qu'elle soit devant deux thèses rationnellement défendables, selon elle, l'idéal de justice, qui veut que triomphe la règle de droit, n'y trouve pas vraiment son compte. Elle juge donc souhaitable que l'intention du législateur l'emporte.

Estimant que la résolution du litige appelle la voie d'exception indiquée dans l'arrêt *Moalli*, le juge Mailhot note que l'intention du législateur n'est pas de traiter les travailleurs accidentés de façon différente des autres travailleurs en ce qui concerne les 14 premiers jours visés par l'article 60. À son avis, les mots «pour chaque jour ou partie de jour où ce travailleur aurait normalement travaillé» visent à assurer que la personne accidentée soit traitée comme les autres personnes qui travaillent, c'est-à-dire qu'elle ait droit à un salaire comme elle y aurait droit si l'employeur avait du travail à confier et pouvait le faire ou si ces journées faisaient partie de son horaire habituel, ou si son contrat était toujours en vigueur. Finalement, le juge Mailhot note que cette interprétation est plus équitable pour tous et s'harmonise avec les autres dispositions de la *L.A.T.M.P.* Elle conclut que, comme il n'y a pas d'obligation de payer un salaire lorsqu'il y a fermeture d'établissement, grève, lock-out, mise à pied, congé non rémunéré etc., il ne peut en découler d'obligation pour l'employeur de payer 90 p. 100 du salaire net pendant ces périodes.

En conséquence, le juge Mailhot propose d'accueillir le pourvoi et de faire droit à la demande d'évocation.

Le juge Baudouin (motifs concordants)

Tout en partageant la conclusion du juge Mailhot, le juge Baudouin est d'avis que, même si la rédaction de l'art. 60 peut susciter plusieurs inter-

pretations, it does not automatically follow that no interpretation can ever be patently unreasonable. He disposed of the appeal in the same way as Mailhot J.A. (at p. 2446):

[TRANSLATION] Like my colleague, I am of the view in this case that the function of this Court is to resolve the conflict between the two administrative agencies, a conflict which creates uncertainty and is not in the interests of effective justice. Accordingly, without necessarily finding that the interpretation given by the Commission d'appel is *patently* unreasonable (even though it seems illogical to me, given a rational interpretation of the Act read as a whole, and inconsistent with the resulting philosophy), I believe that this situation is identical to that confronting this Court in *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli*. [Emphasis in original.]

IV—Issues

As I said at the outset, this appeal raises questions which lie at the core of the institutional relationship between courts of law and administrative tribunals: was the CALP's decision patently unreasonable? If so, it is open to judicial review. If not, does the fact that there were, at least apparently, divergent interpretations of the same legislative provision by two administrative tribunals give rise to judicial review?

V—Analysis

While the first question raises issues which this Court has already had an opportunity to decide on several occasions, the second raises a problem which has been the subject of some controversy. A review of the principles laid down by this Court in recent years will, first, provide the background against which this appeal must be analysed. This review will indicate the principles underlying the standard of review applicable to the CALP's decision and clarify the real issues presented here by the Court of Appeal's intervention.

prétations, il ne s'ensuit pas automatiquement que toute interprétation ne puisse jamais être manifestement déraisonnable. Il dispose du pourvoi de la même façon que le juge Mailhot (à la p. 2446):

En l'espèce, j'estime, comme ma collègue, que le rôle de notre Cour est de mettre fin à ce conflit entre les deux organes administratifs, conflit qui est source d'incertitude et qui n'est pas dans l'intérêt d'une saine justice. Sans donc nécessairement trouver que l'interprétation donnée par la Commission d'appel est *manifestement* déraisonnable (même si elle me paraît illogique, eu égard à une interprétation rationnelle de la loi lue dans son ensemble et peu conforme à la philosophie qui s'en dégage), je crois que nous sommes en présence d'une situation identique à celle à laquelle notre Cour a eu à faire face dans l'affaire *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*. [En italique dans l'original.]

IV—Questions en litige

Le présent pourvoi, je le rappelle, soulève des questions qui sont au cœur du rapport institutionnel entre les cours de justice et les tribunaux administratifs: la décision de la CALP est-elle manifestement déraisonnable? Dans l'affirmative, il y a lieu à un contrôle judiciaire. Dans la négative, le fait qu'il y ait, du moins en apparence, divergence d'interprétation d'un même texte législatif de la part de deux instances administratives donne-t-il ouverture au contrôle judiciaire?

V—Analyse

Si la première question fait appel à des notions sur lesquelles notre Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer et ce, à plusieurs reprises, la seconde soulève, en revanche, un problème qui fait l'objet d'une certaine controverse. Un rappel des principes élaborés par notre Cour au cours des dernières années permettra, en premier lieu, d'éclairer la toile de fond sur laquelle le présent pourvoi se doit d'être analysé. Tout en précisant les principes sous-jacents à la norme de contrôle applicable à la décision de la CALP, ce rappel éclairera les enjeux véritables posés, en l'espèce, par l'intervention de la Cour d'appel.

A. *Applicable Standard of Review*

Although the Court of Appeal recognized that, strictly speaking, the interpretation of s. 60 was within the CALP's jurisdiction, a functional analysis of the Act, however brief, seems desirable if not essential to decipher the legislative intent (see *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 258 (per La Forest J.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 ("PSAC No. 2"), at pp. 965 (per Cory J.) and 977 (per L'Heureux-Dubé J.); *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at pp. 485-86 (per Lamer C.J.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614 ("PSAC No. 1"), at pp. 628 (per Sopinka J.) and 657 (per Cory J.); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1002, and *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1088). Determining the legislative intent as to the standard of review applicable to the decision of an administrative tribunal involves recognizing that, within its area of expertise, its decision-making autonomy may be of prime importance. Conversely, failing to go through the process of rejecting the correctness standard may conceal the real meaning of judicial intervention that falls outside the limits of the jurisdiction of an administrative agency. An initial conclusion that, for purposes of judicial review, the legislature admits several possible and rational constructions of the same legislative provision thus becomes of primary importance. This conclusion, while constituting the necessary starting-point of a discussion of the powers of supervision and control of courts of law, is ultimately the guiding principle for analyzing the appropriateness of judicial review.

In *Bibeault*, Beetz J. summarized the principles governing judicial review of decisions of an administrative tribunal, emphasizing its area of jurisdiction (at p. 1086):

A. *La norme de contrôle applicable*

Quoique la Cour d'appel ait reconnu que l'interprétation de l'art. 60 relevait de la compétence *stricto sensu* de la CALP, une analyse fonctionnelle de la Loi, si brève soit-elle, m'apparaît souhaitable, sinon nécessaire pour dégager l'intention du législateur (voir *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la p. 258 (le juge La Forest); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 («AFPC n° 2»), aux pp. 965 (le juge Cory) et 977 (le juge L'Heureux-Dubé); *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, aux pp. 485 et 486 (le juge en chef Lamer); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614 («AFPC n° 1»), aux pp. 628 (le juge Sopinka) et 657 (le juge Cory); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1002, et *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1088). Cerner l'intention du législateur quant à la norme de contrôle applicable à la décision d'un tribunal administratif, c'est reconnaître que son autonomie décisionnelle peut, dans le cadre de son expertise, se révéler primordiale. À l'inverse, éluder les modalités d'une mise à l'écart de la norme de contrôle axée sur la justesse d'une interprétation donnée risque de masquer la portée véritable d'une intervention judiciaire qui s'articule au-delà du paramètre du champ de compétence de l'organisme administratif. Une conclusion initiale à l'effet que le législateur admet, aux fins du contrôle judiciaire, plusieurs lectures possibles et rationnelles d'une même disposition législative devient, par là, capitale. Tout en constituant le point de départ nécessaire d'un débat portant sur le pouvoir de contrôle et de surveillance des cours de justice, ce constat représente le fil directeur à l'aide duquel l'opportunité d'un contrôle judiciaire doit, en définitive, être analysée.

Dans l'arrêt *Bibeault*, le juge Beetz a résumé les principes régissant le contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif en mettant l'accent sur son champ de compétence (à la p. 1086):

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;
2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

The initial step advocated by this Court must therefore focus primarily on the concept of jurisdiction. This step must, however, take into account both the desirability of curial deference and the ease with which a question can be incorrectly characterized as one of jurisdiction (see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233, and *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association, Local 269*, [1983] 1 S.C.R. 245, at p. 256). *Bibeault* explained the meaning of the concept of jurisdiction in the context of judicial review as follows (at p. 1090):

Jurisdiction *stricto sensu* is defined as the power to decide. The importance of a grant of jurisdiction relates not to the tribunal's capacity or duty to decide a question but to the determining effect of its decision. As S. A. de Smith points out, the tribunal's decision on a question within its jurisdiction is binding on the parties to the dispute. . . . The true problem of judicial review is to discover whether the legislator intended the tribunal's decision on these matters to be binding on the parties to the dispute, subject to the right of appeal if any. [Emphasis added.]

This amounts to asking "Who should answer this question, the administrative tribunal or a court of law?" It thus involves determining who is in the best position to rule on the impugned decision. According to Beetz J., at p. 1088, in order to deal adequately with the question "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?", a court of law

1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'exécède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.
2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

La démarche initiale préconisée par notre Cour exige donc, avant tout, de mettre l'accent sur la notion de compétence. Cette démarche doit, cependant, tenir compte à la fois de la valeur que représente la retenue judiciaire et de la facilité avec laquelle une question peut être incorrectement qualifiée de question de compétence (voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 233, et *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax, section locale 269*, [1983] 1 R.C.S. 245, à la p. 256.) L'arrêt *Bibeault* est venu, ainsi, préciser le sens de la notion de compétence dans le cadre du contrôle judiciaire (à la p. 1090):

La compétence, *stricto sensu*, se définit comme le pouvoir de décider une question. L'importance d'un octroi de compétence se rattache non pas à la faculté ou à l'obligation du tribunal de traiter d'une question, mais au caractère déterminant de sa décision. Comme S. A. de Smith le souligne, la décision du tribunal sur une question qui relève de sa compétence lie les parties au litige. [. . .] Le véritable problème du contrôle judiciaire est de savoir si le législateur veut que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige, sous réserve du droit d'appel, s'il en est. [Je souligne.]

Ce problème se résume à se demander «Qui doit répondre à cette question, le tribunal administratif ou une cour de justice?» Il met donc en jeu la question de savoir qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée. Selon le juge Beetz, à la p. 1088, afin d'aborder adéquatement la question «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?», une cour de justice

examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

The legislature's intention to give the CALP the power to make a final ruling on the meaning and scope of s. 60 *A.I.A.O.D.* is not open to question. As an appellate administrative tribunal, the CALP hears and disposes exclusively of appeals brought under ss. 37.3 and 193 of the *Act respecting Occupational Health and Safety* and the *A.I.A.O.D.* (s. 397). It has exclusive jurisdiction to "confirm the decision or the order brought before it; it may also quash the decision or the order and shall in that case render the decision or make the order that should have been given initially" (s. 400). Its members are subject to specific obligations set out in ss. 373 *et seq.* *A.I.A.O.D.*, they have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction and may rule on any questions of law or of fact (s. 407). In addition to these significant powers, the CALP has an obligation to publish its own decisions (s. 391), the authority to make recommendations to the Minister (s. 396) as well as the authority to review or revoke its own decisions for cause (s. 406).

Several provisions are designed to ensure that CALP decisions are effective. The decisions are final and without appeal and every person contemplated in the decision must comply with them without delay (s. 405). They may be filed in the office of the prothonotary of the Superior Court of the district in which the appeal was brought and such filing makes them executory as if they were final judgments of the Superior Court without appeal, and with all the effects thereof (s. 429). CALP decisions are also protected by a full private clause, which I reproduce here for the sake of convenience:

examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

L'intention du législateur de confier à la CALP le pouvoir de se prononcer de manière définitive sur le sens et la portée de l'art. 60 *L.A.T.M.P.* ne souffre aucune ambiguïté. À titre de tribunal administratif d'appel, la CALP connaît et dispose, exclusivement à tout autre tribunal, des appels interjetés en vertu des art. 37.3 et 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* et de la *L.A.T.M.P.* (art. 397). Elle possède une compétence exclusive pour «confirmer la décision, l'ordre ou l'ordonnance porté devant elle; elle peut aussi l'infirmier et doit alors rendre la décision, l'ordre ou l'ordonnance qui, selon elle, aurait dû être rendu en premier lieu» (art. 400). Ses membres sont soumis à des obligations spécifiques prévues aux art. 373 et suiv. *L.A.T.M.P.*, ils possèdent tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence et peuvent décider de toute question de droit et de fait (art. 407). À ces pouvoirs significatifs s'ajoute l'obligation de la CALP de publier ses propres décisions (art. 391), le pouvoir de formuler des recommandations auprès du ministre (art. 396) ainsi que celui de réviser ou révoquer, pour cause, ses propres décisions (art. 406).

Plusieurs dispositions ont pour objet d'assurer l'efficacité des décisions de la CALP. Celles-ci sont finales et sans appel et toute personne visée doit s'y conformer sans délai (art. 405). Elles peuvent être déposées au bureau du protonotaire de la Cour supérieure du district où l'appel a été formé et ce dépôt la rend exécutoire comme un jugement final et sans appel de la Cour supérieure et en a tous les effets (art. 429). Les décisions de la CALP sont, de surcroît, protégées par une clause privative complète, que je rappelle ici pour fins de commodité:

409. Except on a question of jurisdiction, no proceedings under article 33 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) nor any extraordinary recourse within the meaning of the said Code may be taken, nor any provisional remedy be ordered against the board of appeal or one of its commissioners acting in his official capacity.

A judge of the Court of Appeal may annul summarily, upon a motion, any action granted, any writ, order or injunction issued or granted contrary to this section.

Finally, the nature of the problem presented here raises questions on which the CALP is eminently qualified. Section 60 *A.I.A.O.D.* is not only one of the legislative provisions on which the CALP has the express power to rule, it employs concepts which are at the core of its area of expertise, namely disability, employment injury and the complex system of compensation set up by the Quebec legislature. The interpretation of s. 60 by the CALP is, thus, a function directly relating to the objective sought by the legislature: to permit an administrative tribunal to issue a final ruling on decisions of first instance by giving a final interpretation of its enabling statute.

Since the interpretation of s. 60 *A.I.A.O.D.* is, strictly speaking, within the jurisdiction of the CALP, the standard of review applicable here is whether the decision is patently unreasonable. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, Dickson J. formulated the question which courts of law must constantly keep in mind in such circumstances (at p. 237):

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis added.]

The patently unreasonable error test is the pivot on which judicial deference rests. As it relates to matters within the specialized jurisdiction of an

409. Sauf sur une question de compétence, une action en vertu de l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ou un recours extraordinaire au sens de ce code ne peut être exercé, et une mesure provisionnelle ne peut être ordonnée contre la Commission d'appel ou l'un de ses commissaires agissant en sa qualité officielle.

Un juge de la Cour d'appel peut, sur requête, annuler sommairement une action accueillie, un bref ou une ordonnance délivré ou une injonction accordée à l'encontre du présent article.

Enfin, la nature du problème ici posé soulève des questions sur lesquelles la CALP est éminemment qualifiée. Tout en comptant parmi les dispositions législatives sur lesquelles la CALP a le pouvoir explicite de se prononcer, l'art. 60 *L.A.T.M.P.* fait appel à des notions qui sont au cœur de son domaine d'expertise, soit l'incapacité, la lésion professionnelle et le régime d'indemnisation complexe instauré par le législateur québécois. L'interprétation de l'art. 60 par la CALP constitue donc une fonction qui participe directement à l'objectif poursuivi par le législateur: permettre à un tribunal administratif de disposer, en dernier ressort, des décisions des instances inférieures en interprétant sa loi constitutive de façon finale.

Puisque l'interprétation de l'art. 60 *L.A.T.M.P.* relève de la compétence *stricto sensu* de la CALP, la norme de contrôle ici applicable est le caractère manifestement déraisonnable de sa décision. Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, le juge Dickson a formulé la question que les cours de justice devaient, dans ces conditions, constamment garder à l'esprit (à la p. 237):

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? [Je souligne.]

Le critère de l'erreur manifestement déraisonnable constitue le pivot sur lequel repose la retenue des cours de justice. Dans le cadre des questions

administrative body protected by a privative clause, this standard of review has a specific purpose: ensuring that review of the correctness of an administrative interpretation does not serve, as it has in the past, as a screen for intervention based on the merits of a given decision. The process by which this standard of review has progressively been accepted by courts of law cannot be separated from the contemporary principle of curial deference, which is, in turn, closely linked with the development of extensive administrative justice (see Cory J.'s reasons in *PSAC No. 1* and *PSAC No. 2*, *supra*, and *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324 (per Wilson J.)). Substituting one's opinion for that of an administrative tribunal in order to develop one's own interpretation of a legislative provision eliminates its decision-making autonomy and special expertise. Since such intervention occurs in circumstances where the legislature has determined that the administrative tribunal is the one in the best position to rule on the disputed decision, it risks, at the same time, thwarting the original intention of the legislature. For the purposes of judicial review, statutory interpretation has ceased to be a necessarily "exact" science and this Court has, again recently, confirmed the rule of curial deference set forth for the first time in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *PSAC No. 2*, *supra*; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, *supra*, and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, *supra*. In the recent decision *PSAC No. 2*, Cory J. noted that this was a strict test (at p. 964):

It is not enough that the decision of the Board is wrong in the eyes of the court; it must, in order to be

relevant de la compétence spécialisée d'un organisme administratif protégé par une clause privative, cette norme de contrôle a une finalité précise: éviter qu'un contrôle de la justesse de l'interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d'une décision donnée. Le processus par lequel cette norme de contrôle a progressivement trouvé droit de cité chez les cours de justice est indissociable du principe contemporain de la retenue judiciaire, étroitement lié, à son tour, au développement d'une justice administrative à grande échelle (voir les motifs du juge Cory dans *AFPC n° 1* et *AFPC n° 2*, précités; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 (le juge Wilson)). Substituer son opinion à celle du tribunal administratif afin de dégager sa propre interprétation d'une disposition législative, c'est réduire à néant son autonomie décisionnelle et l'expertise qui lui est propre. Puisqu'une telle intervention surgit dans un contexte où le législateur a déterminé que le tribunal administratif est celui qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée, elle risque de contrecarrer, par la même occasion, son intention première. L'interprétation des lois a cessé, aux fins du contrôle judiciaire, d'être une science nécessairement «exacte» et notre Cour a confirmé, encore récemment, la règle de la retenue judiciaire énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick; Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *AFPC n° 2*, précité; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, précité, et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, précité. Dans le récent arrêt *AFPC n° 2*, le juge Cory a rappelé qu'il s'agissait là d'une norme sévère (à la p. 964):

Il ne suffit pas que la décision de la Commission soit erronée aux yeux de la cour de justice; pour qu'elle soit

patently unreasonable, be found by the court to be clearly irrational.

B. Is the CALP's Interpretation Patently Unreasonable?

While agreeing with the interpretation adopted by the Court of Appeal, Domtar argues that the court should have concluded that the CALP's decision in the case at bar was patently unreasonable. The CALP interpreted s. 60 *A.I.A.O.D.*, which I reproduced earlier, as follows (at p. 118):

[TRANSLATION] That section imposes on the employer with whom the worker is employed when he suffers an employment injury an obligation to pay him, as an income replacement indemnity on account of his employment injury, 90% of his net salary or wages for each day or part of a day the worker would normally have worked had he not been unable to carry on his employment by reason of his injury, for the first 14 days following the beginning of his disability.

The Commission d'appel concluded in this regard that the words "would normally have worked" used in s. 60 should not be separated from the words "had he not been disabled" which immediately follow them, so that no account should be taken of factors or circumstances extrinsic to the worker's inability to work by reason of his employment injury in determining what period he would have worked, in the usual way and had he not been disabled, during the first 14 days following the beginning of his disability.

The Commission d'appel accordingly concluded that under s. 60 of the Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases, the employer must pay the worker 90% of his net salary or wages for each day or part of a day on which he would normally have worked had he not been disabled by reason of his injury, regardless of any extrinsic cause, such as plant closure, which had no connection with the worker's inability to carry on his employment by reason of his employment injury. [Emphasis added.]

The CALP, therefore, concluded that the respondent had to pay the appellant 90 percent of his net salary or wages for each day or part of a day on which he would normally have worked according to his usual work schedule, regardless of the plant closure.

manifestement déraisonnable, cette cour doit la juger clairement irrationnelle.

B. L'interprétation de la CALP est-elle manifestement déraisonnable?

Tout en étant d'accord avec l'interprétation retenue par la Cour d'appel, Domtar soutient que celle-ci aurait dû conclure que la décision de la CALP était, en l'espèce, manifestement déraisonnable. La CALP a interprété l'art. 60 *L.A.T.M.P.*, que j'ai déjà reproduit ci-avant, de la façon suivante (à la p. 118):

Cet article impose à l'employeur, au service duquel se trouve le travailleur lorsqu'il est victime d'une lésion professionnelle, l'obligation de lui verser, à titre d'indemnité de remplacement du revenu en raison de sa lésion professionnelle, 90 % de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où ce travailleur aurait normalement travaillé n'eût été de son incapacité d'exercer son emploi en raison de sa lésion, pendant les 14 premiers jours suivant le début de son incapacité.

La Commission d'appel considère à cet égard que les termes «aurait normalement travaillé», utilisés à l'article 60, ne doivent pas être dissociés des termes «n'eût été de son incapacité» qui les suivent immédiatement, de sorte qu'on ne doit pas tenir compte de facteurs ni de circonstances extrinsèques à l'incapacité du travailleur de travailler en raison de sa lésion professionnelle pour déterminer à quelle période il aurait travaillé, de façon habituelle et n'eût été de son incapacité, durant les 14 premiers jours suivant le début de son incapacité.

La Commission d'appel considère donc qu'aux termes de l'article 60 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles l'employeur doit verser au travailleur 90 % de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où il aurait habituellement travaillé n'eût été de son incapacité en raison de sa lésion, sans égard à quelque cause extrinsèque, une fermeture d'usine, à titre d'exemple, n'ayant aucune relation avec l'incapacité du travailleur d'exercer son emploi en raison de sa lésion professionnelle. [Je souligne.]

La CALP a donc conclu que l'intimée devait verser à l'appelant 90 p. 100 de son salaire net pour chaque jour ou partie de jour où il aurait normalement travaillé selon son horaire habituel de travail et ce, sans égard à la fermeture de l'usine.

In my opinion, this decision cannot be said to be patently unreasonable. This is also the conclusion reached by the Superior Court and the Court of Appeal. It is one thing to argue, as Domtar does, that the CALP's interpretation unduly favours workers who suffer occupational injuries over employees who receive no salary or wages during a strike, lockout or layoff; it is quite another to conclude that this decision is clearly irrational. In order to show that the CALP's interpretation is unreasonable, Domtar in its factum emphasized the difficulty of determining the frequency of the services provided by the worker prior to an injury for purposes of the phrase "would normally have worked":

[TRANSLATION] Thus, what does this "habit" signify for a worker who suffers an employment injury after working for the same employer for 10 years? Is the habit to be assessed on the basis of the entire period or only part of it? Should we only take into account the last year, the last month or the last week? If a collective agreement was signed on the day a worker suffers an employment injury and that collective agreement increases a worker's work week from four to five days a week, what happens according to the interpretation proposed by the C.A.L.P.? And if a worker suffers an employment injury on the day he is hired, can the employer successfully contend that he owes the worker no income replacement indemnity under s. 60 of the A.I.A.O.D.?

Without ruling on the merits of these hypotheses, I am of the view that, even if these problems arose in connection with the compensation system created by the Act, it would be for the CALP, and not a court of law, to dispose of them in a final fashion under its jurisdiction *stricto sensu* for the purposes of the A.I.A.O.D. This jurisdiction necessarily includes some room to manoeuvre, avoiding the need to anticipate all the legal consequences that may result from a given decision. In the case at bar the CALP did not go beyond the limits laid down by the legislature. The purpose of the A.I.A.O.D. is summarized in s. 1, which reads as follows:

Cette décision ne saurait, à mon avis, être qualifiée de manifestement déraisonnable. C'est la conclusion, d'ailleurs, à laquelle sont parvenues et la Cour supérieure et la Cour d'appel. En effet, c'est une chose que de soutenir, comme le fait Domtar, que l'interprétation de la CALP favorise indûment les travailleurs victimes de lésions professionnelles par rapport aux employés qui ne reçoivent pas de salaire à l'occasion d'une grève, d'un lock-out, ou d'une mise à pied, c'en est une autre que de conclure que cette décision est clairement irrationnelle. Pour démontrer le caractère déraisonnable de l'interprétation de la CALP, Domtar a insisté, dans son mémoire, sur la difficulté de circonscrire la fréquence de la prestation de travail fournie par le travailleur avant une lésion aux fins de l'expression «aurait normalement travaillé»:

Ainsi, à quoi rattache-t-on cette «habitude» pour un travailleur victime d'une lésion professionnelle qui travaille pour un même employeur depuis 10 ans? Évaluerait-on l'habitude en tenant compte de toute cette période ou d'une partie de celle-ci? Devrions-nous ne tenir compte que de la dernière année, du dernier mois ou de la dernière semaine? Si une convention collective a été signée le jour où un travailleur subit une lésion professionnelle et que cette convention collective augmente la semaine de travail d'un travailleur de 4 à 5 jours par semaine: que fera-t-on suivant l'interprétation proposée par la C.A.L.P.? Et si un travailleur subit une lésion professionnelle le jour de son embauche, l'employeur pourra-t-il prétendre avec succès qu'il ne lui doit aucune indemnité de remplacement du revenu en vertu de l'article 60 de la L.A.T.M.P.?

Sans me prononcer sur le bien-fondé de ces hypothèses, je suis d'avis que, même si ces difficultés venaient à surgir dans le cadre du régime d'indemnisation prévu par la Loi, il appartiendrait à la CALP, et non à une cour de justice, d'en disposer en vertu de sa compétence *stricto sensu* aux fins de la L.A.T.M.P. et ce, de façon finale. Cette compétence comprend, nécessairement, une marge de manœuvre qui permet de ne pas entrevoir toutes les conséquences juridiques qui sont susceptibles de découler d'une décision donnée. En l'espèce, la CALP ne s'est pas écartée des jalons posés par le législateur. L'objet de la L.A.T.M.P. est résumé à l'art. 1, qui se lit ainsi:

1. The object of this Act is to provide compensation for employment injuries and the consequences they entail for beneficiaries.

The process of compensation for employment injuries includes provision of the necessary care for the consolidation of an injury, the physical, social and vocational rehabilitation of a worker who has suffered an injury, the payment of income replacement indemnities, compensation for bodily injury and, as the case may be, death benefits.

This Act, within the limits laid down in Chapter VII, also entitles a worker who has suffered an employment injury to return to work.

The entitlement of a worker who has suffered an employment injury to an income replacement indemnity is further dealt with in s. 44. This provision reads as follows:

44. A worker who suffers an employment injury is entitled to an income replacement indemnity if he becomes unable to carry on his employment by reason of the injury.

A worker who is no longer employed when his employment injury appears is entitled to the income replacement indemnity if he becomes unable to carry on the employment he usually held.

In concluding that the effect of the application of s. 60 was not to deprive the worker who suffers an employment injury of the right conferred on him by s. 44, the CALP did not render a patently unreasonable decision. The argument put forward by Domtar that the CALP's conclusion overlooks several important aspects which are peculiar to the general system of compensation may well be correct. This is not, however, a basis for judicial intervention as, in my view, this would simply be an error of law within jurisdiction. Since the evidence that the appellant suffered an employment injury on the relevant dates has never been disputed, the CALP's decision can be rationally defended both on the facts and on the law.

In principle, this conclusion should suffice to dispose of this appeal. This was not a case in which the CALP was deciding a general point of

1. La présente loi a pour objet la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires.

Le processus de réparation des lésions professionnelles comprend la fourniture des soins nécessaires à la consolidation d'une lésion, la réadaptation physique, sociale et professionnelle du travailleur victime d'une lésion, le paiement d'indemnités de remplacement du revenu, d'indemnités pour dommages corporels et, le cas échéant, d'indemnité de décès.

La présente loi confère en outre, dans les limites prévues au chapitre VII, le droit au retour au travail du travailleur victime d'une lésion professionnelle.

Par ailleurs, le droit du travailleur victime d'une lésion professionnelle à l'indemnité de remplacement de revenu est prévu à l'art. 44. Cette disposition est à l'effet suivant:

44. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle a droit à une indemnité de remplacement du revenu s'il devient incapable d'exercer son emploi en raison de cette lésion.

Le travailleur qui n'a plus d'emploi lorsque se manifeste sa lésion professionnelle a droit à cette indemnité s'il devient incapable d'exercer l'emploi qu'il occupait habituellement.

En concluant que l'application de l'art. 60 n'avait pas pour effet de retirer au travailleur victime d'une lésion professionnelle le droit que lui confère l'art. 44, la CALP n'a pas rendu une décision manifestement déraisonnable. L'argument avancé par Domtar à l'effet que la conclusion de la CALP omet plusieurs nuances importantes qui sont propres au régime global d'indemnisation est, peut-être, fondé. Cela ne constitue pas, pour autant, un motif d'intervention judiciaire car, à mes yeux, il ne s'agirait là que d'une simple erreur de droit commise dans le cadre de sa compétence. La preuve que l'appelant fut victime d'une lésion professionnelle aux dates pertinentes n'ayant jamais été contestée, la décision de la CALP est rationnellement défendable tant sous l'angle des faits que du droit.

Cette conclusion devrait suffire, en principe, pour disposer du présent pourvoi. Il ne s'agissait pas, en effet, pour la CALP de décider d'une ques-

law, to which, in the absence of a privative clause, this Court has held that there is no reason to show deference (*University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, *supra*; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, *supra*; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554). Similarly, since the interpretation of s. 60 *A.I.A.O.D.* does not raise constitutional questions here, the rule of curial deference clearly cannot be excluded on this ground (*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, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22). Finally, as I pointed out earlier, the intention of the legislature to confer on the CALP the power to make a final ruling on the meaning and scope of s. 60 *A.I.A.O.D.* is not open to question. As the interpretation of this provision is at the core of its specialized jurisdiction, the rule of curial deference should in principle apply.

C. Court of Appeal's Intervention

Against this background, the intervention of the Court of Appeal may now be considered. Though it properly concluded that the CALP's decision was not patently unreasonable, the court was of the view that to apply this standard of review would not satisfactorily resolve the issue. According to Mailhot J.A. (at p. 2443):

[TRANSLATION] In fact, it is clear that if this Court dismissed the appeal based on a finding that the C.A.L.P.'s interpretation was not unreasonable, the difficulties would not be resolved. This is well illustrated by a recent judgment of the Labour Court filed by the appellant. In *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec v. BG Chéco International ltée*, *supra*, the C.S.S.T. brought penal proceedings against an employer which refused to pay a worker 90% of his net salary or wages for seven days, and the employer gave as its defence the fact that four days before suffering an employment injury the worker had been given a layoff notice for a temporary lack of work, a layoff which took

tion générale de droit ne relevant pas de son expertise où, en l'absence de clause privative, notre Cour a jugé qu'il n'y avait pas lieu de faire preuve de retenue (*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, précité; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, précité; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554). De même, puisque l'interprétation de l'art. 60 *L.A.T.M.P.* ne soulève pas, en l'espèce, de questions constitutionnelles, la règle de la retenue judiciaire ne saurait être écartée pour ce motif (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22). Enfin, comme je l'ai souligné précédemment, l'intention du législateur de confier à la CALP le pouvoir de se prononcer de manière définitive sur le sens et la portée de l'art. 60 *L.A.T.M.P.* ne souffre aucune ambiguïté. L'interprétation de cette disposition étant au cœur de sa compétence spécialisée, la règle de la retenue judiciaire doit, en principe, trouver application.

C. L'intervention de la Cour d'appel

Ces jalons posés, il convient maintenant de se pencher sur l'intervention de la Cour d'appel. Bien qu'elle ait, à bon droit, conclu que la décision de la CALP n'était pas manifestement déraisonnable, la cour a estimé que l'application de cette norme de contrôle ne réglerait pas le litige de manière satisfaisante. Selon le juge Mailhot (à la p. 2443):

De fait, l'on sait que, si notre Cour rejetait l'appel à la suite d'une conclusion que l'interprétation de la C.A.L.P. n'était pas déraisonnable, les difficultés ne seraient pas réglées. En effet, l'appelante a déposé un jugement récent du Tribunal du travail qui illustre bien cet énoncé. Dans l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec c. B.G. Chéco International ltée*, précitée, la C.S.S.T. a intenté une poursuite de nature pénale contre un employeur qui refusait de verser à un travailleur 90 % de son salaire net pendant sept jours, l'employeur invoquant pour sa défense que le travailleur avait reçu, quatre jours avant qu'il ne soit victime d'une lésion professionnelle, un avis de mise à

effect three days after the injury. After a carefully reasoned analysis, the Labour Court judge acquitted the employer. [Emphasis added.]

In the case referred to above by the Court of Appeal, the Labour Court was of the view (at p. 411) that:

[TRANSLATION] Though we are dealing here with remedial legislation the aim and purpose of which are to compensate workers who suffer industrial accidents and occupational diseases, the Court must necessarily ask itself whether, despite recourse to this rule of interpretation, there is nevertheless a reasonable doubt as to the meaning or scope of the text, in which case it must acquit the defendant.

After undertaking its own analysis of several provisions of the *A.I.A.O.D.*, the Labour Court held that s. 60 raised [TRANSLATION] “a reasonable, significant and insurmountable doubt” as to the obligation on an employer in the event of a layoff occurring during the 14-day period mentioned in that provision (p. 412). The Labour Court therefore concluded that, in such circumstances, the employer should be acquitted (at p. 412):

[TRANSLATION] In such a case, the Court has no choice but to give the defendant the benefit of the statutory interpretation most favourable to it, as in the circumstances such an interpretation is at least equally justifiable. As pointed out in Maxwell [*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 239]:

“If there is a reasonable interpretation which will avoid the penalty in any particular case”, said Lord Esher M.R., “we must adopt that construction. If there are two reasonable constructions we must give the more lenient one. That is the settled rule for the construction of penal sections”.

Citing its precedent in *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli, supra*, the Court of Appeal held that it was in the interest of justice to resolve the conflict at once, abandoning the curial deference which would otherwise be required here. Mailhot J.A. concluded that she was faced with [TRANSLATION] “two . . . possibilities that could be rationally defended” and summed up the situation

pied pour manque temporaire de travail, mise à pied qui a pris effet trois jours après la lésion. Le juge du Tribunal du travail, après une analyse serrée, acquitte l'employeur. [Je souligne.]

Dans l'affaire à laquelle la Cour d'appel réfère, le Tribunal du travail a estimé que (à la p. 411):

Même si nous sommes ici en présence d'une loi remédialrice dont le but et l'objet visent l'indemnisation des travailleurs victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles, le Tribunal doit cependant nécessairement se demander si, malgré le recours à cette règle d'interprétation, il subsiste malgré tout un doute raisonnable quant au sens ou à la portée du texte, auquel cas il devra acquitter la défenderesse.

Après avoir procédé à sa propre analyse de plusieurs dispositions de la *L.A.T.M.P.*, le Tribunal du travail a jugé que l'art. 60 laissait subsister «un doute raisonnable, sérieux et insurmontable» quant à l'obligation d'un employeur dans le cas d'une mise à pied survenant pendant la période de 14 jours prévue à cette disposition (p. 412). Le Tribunal du travail a donc conclu, en l'espèce, à l'acquiescement de l'employeur (à la p. 412):

Dans un tel cas, le Tribunal n'a pas d'autre choix que de faire bénéficier la défenderesse de l'interprétation de la loi qui lui est la plus favorable, une telle interprétation étant dans les circonstances au moins tout aussi justifiable. Comme l'affirme Maxwell [*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), à la p. 239]:

[TRADUCTION] «S'il existe une interprétation raisonnable qui permet de pas infliger de peine dans un cas particulier» dit le maître des rôles lord Esher «c'est l'interprétation qu'il faut adopter. S'il existe deux interprétations raisonnables, nous devons choisir la plus indulgente des deux. C'est la règle d'interprétation établie en matière pénale».

Citant son précédent dans l'affaire *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, précitée, la Cour d'appel a jugé qu'il était dans l'intérêt de la justice de trancher immédiatement le conflit, laissant de côté la réserve judiciaire qui autrement s'imposait ici. Estimant qu'elle était en présence de «deux thèses rationnellement défendables» le juge Mailhot a résumé la situation créée par l'interprétation

created by the interpretation of the CALP, on the one hand, and that of the Labour Court, on the other (at p. 2444):

[TRANSLATION] It is true that in the instant case the fate of the parties does not depend on the identity of a member of the administrative tribunal. However, the uncertainty will remain and the outcome of the proceedings will not be satisfactorily resolved since the C.S.S.T., which has adopted the interpretation of s. 60 imposed by the C.A.L.P., is obliged to take action against employers who refuse to accept the C.A.L.P.'s interpretation and who, ultimately, benefit from acquittals as a result of the (probably justified) application of the theory of reasonable doubt "in view of two conflicting possibilities that could be rationally defended", whether in an administrative proceeding or a penal proceeding. The interpretation adopted by the C.A.L.P. thus leads to a dead end. The ideal of justice, which promotes the rule of law, is not really served. It is certainly desirable that the intention of the legislature should prevail. What therefore is that intent? Despite the fact that the wording used may be open to two not unreasonable interpretations, can it be determined?

To rectify this situation, the Court of Appeal decided to intervene to impose its own interpretation of s. 60. Again according to Mailhot J.A. (at p. 2445):

[TRANSLATION] With respect for the contrary view, I am of the view that the intention of the legislature in this matter was not to treat injured workers differently from other workers as regards the first 14 days mentioned in s. 60. In my opinion, if the legislature intended that the entire first 14 days following the beginning of the disability be paid for by the employer, it would not have added the words "*for each day or part of a day the worker would normally have worked*". These words are intended to ensure that the injured person is treated like other workers, in other words that he is entitled to a salary or wages as he would be if the employer had work to give him and could do so, if these days were part of his regular schedule or if his contract was still in effect, and so on—in short, if he had worked as usual, had he not been disabled.

This interpretation is fairer to everyone and consistent with the other provisions of the A.I.A.O.D. Even if it is accepted that the statute is remedial and seeks to compensate the victim of an employment injury, it is still general legislation and is not intended, in my opinion, to

de la CALP d'une part, et celle du Tribunal du travail, de l'autre (à la p. 2444):

Il est vrai que, dans le cas présent, le sort des plaignants ne dépend pas de l'identité du membre du tribunal administratif. Mais l'incertitude demeurera, et le sort des poursuites ne sera pas réglé de façon satisfaisante puisque la C.S.S.T., qui s'est rangée à l'interprétation de l'article 60 imposée par la C.A.L.P., se voit obligée de poursuivre des employeurs qui refusent d'accepter l'interprétation de la C.A.L.P. et qui, en fin de compte, bénéficient d'acquittements suite à l'application (probablement à juste titre) de la théorie du doute raisonnable «devant deux thèses rationnellement défendables qui s'affrontent» que ce soit à l'occasion du recours administratif ou du recours pénal. Ainsi, l'interprétation soutenue par la C.A.L.P. aboutit à un cul-de-sac. L'idéal de justice qui veut que triomphe la règle de droit n'y trouve pas vraiment son compte. Il est certainement souhaitable que ce soit l'intention du législateur qui l'emporte. Quelle est donc celle-ci? En dépit du fait que les termes utilisés puissent prêter à deux interprétations non déraisonnables, peut-on la préciser.

Afin de remédier à cette situation, la Cour d'appel a décidé d'intervenir pour imposer sa propre interprétation de l'art. 60. Toujours selon le juge Mailhot (à la p. 2445):

Avec égards pour l'avis contraire, je suis d'avis que l'intention du législateur en cette matière n'est pas de traiter les travailleurs accidentés de façon différente des autres travailleurs en ce qui concerne les 14 premiers jours visés par l'article 60. À mon avis, si le législateur voulait que tous les 14 premiers jours qui suivent le début de l'incapacité soient payés par l'employeur, il n'avait pas à ajouter les mots «*pour chaque jour ou partie de jour où ce travailleur aurait normalement travaillé*». Ces mots visent à assurer que la personne accidentée soit traitée comme les autres personnes qui travaillent, c'est-à-dire qu'elle ait droit à un salaire comme elle y aurait droit si l'employeur avait du travail à confier et pouvait le faire ou si ces journées faisaient partie de son horaire habituel, ou si son contrat était toujours en vigueur, etc.—en somme, si elle avait normalement travaillé, n'eût été de son incapacité.

Cette interprétation est plus équitable pour tous et s'harmonise avec les autres dispositions de la L.A.T.M.P. Car, même si l'on accepte que cette loi est remédiate et cherche à indemniser une personne victime d'une lésion professionnelle, elle demeure une loi

make more favourable provision for such a victim compared with other employees, who may be subject to the ups and downs of the labour market, including the choice to go on strike or the obligation to be subject to a lockout. [Emphasis in original.]

She came to the following conclusion, concurred in by her colleagues (at p. 2446):

[TRANSLATION] I therefore conclude that when in s. 60 the legislature requires the employer to pay a victim of an employment injury 90% of his net salary or wages, it means payment of the salary or wages to which the victim would logically have been entitled if he had worked as usual. As generally there is no obligation to pay a salary or wages when there is a plant closure, strike, lock-out, layoff, unpaid leave and so on, there can be no obligation to pay 90% of the net salary or wages during these periods.

I therefore propose that the appeal be allowed with costs, the application for evocation be granted with costs, the C.A.L.P.'s decision be quashed and the court declare that the appellant has paid Mr. Roland Lapointe the indemnity to which he was entitled under s. 60 of the *Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases*.

There are thus two aspects to the Court of Appeal's intervention. First, it concluded that there was a jurisprudential conflict between two administrative jurisdictions as to the same legislative provision. Second, the Court of Appeal relied on an independent ground for judicial review, namely that where there is a conflict of this kind, curial deference should yield to review based on the correctness of the administrative interpretation. I shall examine the two aspects of this intervention in turn.

1. The Conflict

The Court of Appeal relied on a single judgment of the Labour Court in a penal matter, *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. BG Chéco International Ltée*, *supra*, in concluding that there were conflicting decisions. This conclusion calls for two observations.

d'application générale et elle ne vise pas, à mon avis, à créer un régime plus favorable pour celle-ci par rapport aux autres employés, lesquels peuvent être soumis aux aléas du marché du travail, incluant le choix de faire la grève ou l'obligation de subir un lock-out. [En italique dans l'original.]

Elle arrive à la conclusion suivante, à laquelle ses collègues concourent (à la p. 2446):

Je conclus donc que, lorsque le législateur, à l'article 60, oblige l'employeur à verser à une victime d'une lésion professionnelle 90 % de son salaire net, il vise le paiement du salaire auquel elle aurait logiquement eu droit si elle avait travaillé normalement. Comme, généralement, il n'y a pas d'obligation de payer un salaire lorsqu'il y a fermeture d'établissement, grève, lock-out, mise à pied, congé non rémunéré etc., il ne peut en découler d'obligation de payer 90 % du salaire net pendant ces périodes.

Je propose en conséquence d'accueillir le pourvoi avec dépens, de faire droit à la demande d'évocation avec dépens, de casser la décision de la C.A.L.P. et de déclarer que l'appelante a payé à M. Roland Lapointe l'indemnité à laquelle il avait droit en vertu de l'article 60 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*.

Ainsi, l'intervention de la Cour d'appel comporte deux volets. En premier lieu, elle a conclu à l'existence d'un conflit jurisprudentiel entre deux instances administratives au regard d'un même texte législatif. En second lieu, la Cour d'appel s'est appuyée sur un motif autonome de contrôle judiciaire, soit qu'en présence d'un conflit de cette nature, la retenue judiciaire doit céder le pas à un contrôle fondé sur la justesse de l'interprétation administrative. J'examinerai, tour à tour, les deux volets de cette intervention.

1. Le conflit

La Cour d'appel s'est autorisée d'une seule décision du Tribunal du travail en matière pénale, soit l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. BG Chéco International Ltée*, précitée, pour conclure à l'existence d'un conflit jurisprudentiel. Cette conclusion appelle deux remarques.

First, as counsel for the appellant pointed out, this conclusion fails to take into account the large number of decisions rendered by the CALP since the *A.I.A.O.D.* came into force on August 19, 1985. With reference to s. 60, that tribunal has always adopted the same interpretation (see, *inter alia*, *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, *supra*; *Desmeules et Entreprises B.L.H. Inc.*, [1986] C.A.L.P. 66; *Béland et Mines Wabush*, C.A.L.P., No. 00138-09-8604, November 27, 1986; *Collins & Aikman Inc. et Dansereau*, [1986] C.A.L.P. 134; *Lambert et Vic Métal Corp.*, [1986] C.A.L.P. 147, and *Létourneau et Électricité Kingston Inc.*, [1986] C.A.L.P. 241). The Labour Court, for its part, had apparently never had occasion to rule on the scope of s. 60 before *BG Chéco*. As I see it, the situation created by an isolated decision at variance with a consistent line of authority cannot a priori be characterized as a true "jurisprudential conflict". Moreover, counsel for the CSST noted that the Court of Appeal had taken the *Domtar* case under advisement on February 14, 1991. The decision of the Labour Court in *BG Chéco* was not rendered until March 18, 1991. Besides being doubtful in strictly quantitative terms, the "controversy" at issue here therefore also seems to be premature.

Furthermore, apart from this quantitative and temporal aspect, the Court of Appeal was concerned here with two bodies interpreting the same legislative provision, but in the particular context of each one's jurisdiction, in the one case a penal one and, in the other, an administrative one. Before concluding that a jurisprudential conflict existed, some consideration should, therefore, have been given to the distinction between the duty of a tribunal sitting in a penal proceeding to give an accused the benefit of a reasonable doubt and that of an appellate administrative tribunal responsible for making a final ruling on its enabling legislation so as to give effect to that legislation. Can it be said that these two jurisdictions, in deciding on matters where the ground rules are completely different, have created a conflict in the jurisprudence? I am far from sharing the categorical assertion of the Court of Appeal on this point. It should be

D'une part, comme l'a souligné le procureur de l'appelant, ce constat omet de tenir compte du nombre considérable de décisions rendues par la CALP depuis l'entrée en vigueur, le 19 août 1985, de la *L.A.T.M.P.* Dans le cadre de l'art. 60, celle-ci a toujours adopté la même interprétation (voir, entre autres, *Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.*, précité; *Desmeules et Entreprises B.L.H. Inc.*, [1986] C.A.L.P. 66; *Béland et Mines Wabush*, C.A.L.P., n° 00138-09-8604, le 27 novembre 1986; *Collins & Aikman Inc. et Dansereau*, [1986] C.A.L.P. 134; *Lambert et Vic Métal Corp.*, [1986] C.A.L.P. 147, et *Létourneau et Électricité Kingston Inc.*, [1986] C.A.L.P. 241). Le Tribunal du travail n'avait, pour sa part, apparemment jamais eu l'occasion de se prononcer sur la portée de l'art. 60 avant l'affaire *BG Chéco*. À mes yeux, la situation créée par une décision isolée à l'encontre d'une jurisprudence constante ne saurait, à priori, être qualifiée de véritable «conflict jurisprudential». Par ailleurs, le procureur de la CSST a souligné que la Cour d'appel avait pris en délibéré l'affaire *Domtar* le 14 février 1991. Or, la décision du Tribunal du travail dans l'affaire *BG Chéco* n'a été rendue que le 18 mars 1991. Tout en étant douteuse sous l'angle strictement quantitatif, la «controversie» dont il est ici question semble donc, au surplus, prématurée.

D'autre part, au-delà de cet aspect quantitatif et temporel, la Cour d'appel était ici devant deux organismes interprétant un même texte législatif, mais dans le contexte particulier de la compétence de chacun, l'un en matière pénale, l'autre en matière administrative. Avant de conclure à l'existence d'un conflit jurisprudential, il y avait donc lieu de s'interroger sur la distinction entre le devoir d'un tribunal siégeant en matière pénale de faire bénéficier un inculpé du doute raisonnable, et celui d'un tribunal administratif d'appel chargé d'interpréter sa loi constitutive de façon finale et ce, dans le but qu'il produise ses effets. Statuant dans des matières dont les règles de base sont totalement différentes, peut-on affirmer que ces deux instances se retrouvent en situation de conflit jurisprudential? Je suis loin de partager l'avis catégorique de la Cour d'appel à ce sujet. Il convient de noter, à cet égard, que les décisions de la CALP

noted, in this connection, that the CALP decisions can be filed in the office of the prothonotary of the Superior Court for the district in which the appeal was brought, in order to make them executory as if they were final civil judgments of the Superior Court not subject to appeal (s. 429 *A.I.A.O.D.*). The Court of Appeal's conclusion that the CALP's interpretation leads to a "dead end" does not take into account the existence of this civil remedy, parallel to the penal remedy, which is in keeping with the twofold nature of the *A.I.A.O.D.* Furthermore, the fact that the Labour Court's judgment, unlike decisions of the CALP, can be appealed to the Superior Court under the *Code of Penal Procedure* further mitigates the allegedly irreconcilable "conflict" between these two tribunals.

For discussion purposes, however, I am prepared to assume, without deciding the point, that the interpretation of s. 60 *A.I.A.O.D.* by the CALP on the one hand and the Labour Court on the other creates a conflict in the jurisprudence. This leads me to discuss the standard of judicial review applicable to such a situation.

2. Consistency of Precedent and Judicial Review

The ground of judicial review referred to by the Court of Appeal should be seen in its proper academic and judicial context. This background will clarify the issues and indicate the relevance of the guiding principles outlined earlier.

While the analysis of the standard of review applicable in the case at bar has made clear the significance of the decision-making autonomy of an administrative tribunal, the requirement of consistency is also an important objective. As our legal system abhors whatever is arbitrary, it must be based on a degree of consistency, equality and predictability in the application of the law. Professor MacLauchlan notes that administrative law is no exception to the rule in this regard:

Consistency is a desirable feature in administrative decision-making. It enables regulated parties to plan their

peuvent être déposées au bureau du protonotaire de la Cour supérieure du district où l'appel a été formé et ce, afin de les rendre exécutoires comme n'importe quel jugement civil final et sans appel de la Cour supérieure (art. 429 *L.A.T.M.P.*). La conclusion de la Cour d'appel voulant que l'interprétation de la CALP conduise à un «cul-de-sac» ne tient pas compte de l'existence de ce recours civil qui, parallèle au recours pénal, s'inscrit dans une dualité propre à la *L.A.T.M.P.* De surcroît, le fait que le jugement du Tribunal du travail soit, contrairement aux décisions de la CALP, appelable devant la Cour supérieure en vertu du *Code de procédure pénale* vient tempérer davantage le caractère prétendument irréductible du «conflit» entre ces deux tribunaux.

Pour les fins de la discussion, toutefois, je suis prête à assumer, sans pour autant en décider, que l'interprétation de l'art. 60 *L.A.T.M.P.* par la CALP d'une part, et le Tribunal du travail de l'autre, crée un conflit jurisprudentiel. Ceci m'amène à discuter du contrôle judiciaire applicable à une telle situation.

2. La cohérence décisionnelle et le contrôle judiciaire

Il convient de replacer le motif de contrôle judiciaire auquel s'est référée la Cour d'appel dans le contexte doctrinal et jurisprudentiel qui lui est propre. Ce recul éclairera les enjeux ici en cause ainsi que la pertinence des principes directeurs exposés précédemment.

Si l'analyse de la norme de contrôle applicable en l'espèce a permis de mettre en lumière la valeur que représente l'autonomie décisionnelle d'un tribunal administratif, l'impératif de cohérence constitue, également, une finalité importante. Notre système juridique se voulant aux antipodes de l'arbitraire, il se doit de reposer sur une certaine cohérence, égalité et prévisibilité dans l'application de la loi. Le professeur MacLauchlan note que le droit administratif ne saurait, à cet égard, faire exception à la règle:

[TRADUCTION] La cohérence est un aspect souhaitable de la prise de décision en matière administrative. Elle per-

affairs in an atmosphere of stability and predictability. It impresses upon officials the importance of objectivity and acts to prevent arbitrary or irrational decisions. It fosters public confidence in the integrity of the regulatory process. It exemplifies "common sense and good administration".

(H. Wade MacLauchlan, "Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency" (1984), 8 *Dalhousie L.J.* 435, at p. 446.)

In the same vein Professor Comtois writes:

[TRANSLATION] ... [consistency] helps to build public confidence in the integrity of the administrative justice system and leaves an impression of common sense and good administration. It might be added, as regards administrative tribunals exercising quasi-judicial functions, that the specialized nature of their jurisdiction makes inconsistencies more apparent and tends to harm their credibility.

(Suzanne Comtois, "Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs" (1990), 21 *R.D.U.S.* 77, at pp. 77-78.)

This consistency requirement has led some writers to defend the idea of judicial review of administrative inconsistency. Thus, Dean Morissette has dealt with the problem of jurisprudential conflicts within administrative jurisdictions as they affect curial deference: "Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse" (1986), 16 *R.D.U.S.* 591. At page 631, he asks the following question:

[TRANSLATION] But is an irrational or unreasonable interpretation the only possible form of excess of jurisdiction after *C.U.P.E. v. N.B.L.C.*?

After giving the example of an administrative tribunal that rules on a constitutional question or misinterprets a provision conferring jurisdiction, Dean Morissette adds (at pp. 632-33):

[TRANSLATION] Finally, the theory of reasonable interpretation leaves room for intervention by the superior courts when several well-reasoned and apparently rational interpretations are given by the same administrative jurisdiction and their consequences are inconsis-

met aux administrés de planifier leurs affaires dans un climat de stabilité et de prévisibilité. Elle fait comprendre aux responsables l'importance de l'objectivité et empêche la prise de décisions arbitraires ou irrationnelles. Elle favorise la confiance du public dans l'intégrité du processus de réglementation. Elle laisse une impression «de bon sens et de bonne administration».

(H. Wade MacLauchlan, «Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency» (1984), 8 *Dalhousie L.J.* 435, à la p. 446.)

Dans le même esprit, le professeur Comtois écrit:

... [la cohérence] contribue à bâtir la confiance du public dans l'intégrité du système de justice administrative et laisse une impression de bon sens et de bonne administration. L'on pourrait ajouter, en ce qui concerne les tribunaux administratifs exerçant des fonctions quasi-judiciaires, que le caractère spécialisé de leur juridiction rend les incohérences plus visibles et a tendance à nuire à leur crédibilité.

(Suzanne Comtois, «Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs» (1990), 21 *R.D.U.S.* 77, aux pp. 77 et 78.)

Cet impératif de cohérence a conduit certains auteurs à défendre l'idée d'un contrôle judiciaire de l'incohérence administrative. Ainsi, le doyen Morissette s'est penché sur le problème des conflits jurisprudentiels au sein de juridictions administratives face à la retenue judiciaire: «Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse» (1986), 16 *R.D.U.S.* 591. À la p. 631, il pose la question suivante:

Mais l'interprétation irrationnelle ou déraisonnable est-elle la seule forme possible d'excès de juridiction après l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.*?

Après avoir fourni l'exemple du tribunal administratif qui tranche une question constitutionnelle ou qui interprète erronément une disposition attributive de compétence, le doyen Morissette poursuit (aux pp. 632 et 633):

Enfin, la théorie de l'interprétation raisonnable laisse place à l'intervention des tribunaux supérieurs lorsque plusieurs interprétations motivées et en apparence rationnelles proviennent d'une même juridiction administrative et sont incompatibles dans leurs effets. On

tent. The matter can be illustrated by the example of an arbitrator sitting pursuant to s. 124 of the *Act respecting Labour Standards*. Two arbitrators sitting in different cases may well decide the same legal problem arising on similar facts in opposite ways, which are nevertheless rational and well-reasoned. The fate of the complainant, when discrepancies of this type occur, depends on the identity of the arbitrator hearing the complaint. This result is difficult to reconcile with the notion of equality before the law, which is one of the main corollaries of the rule of law, and perhaps also the most intelligible one. Where discrepancies of this type exist, whether within the same administrative jurisdiction, between different jurisdictions on the same level or between different levels of jurisdiction in the same specialized field, the superior courts will intervene to standardize the law even though each of the diverse interpretations seems to be reasonable. [Emphasis added.]

Dean Morissette considers that these objectives of equality, security and uniformity in implementing the law are consistent with the ultimate purpose of judicial review (at p. 634):

[TRANSLATION] On reflection, however, this is undoubtedly a basic form of rationality. As the primary purpose of judicial review is to prevent arbitrariness, what objection can there be to a principle which requires the superior courts to intervene, not in the name of meticulous legalism but in the interests of rationality? Imposing an interpretation one believes to be "correct" because, owing to its consequences or for some similar reason, one does not share some other otherwise rational interpretation is difficult to justify in terms of judicial review, unless of course one assumes that appeals and judicial review are one and the same thing. Imposing the interpretation one believes to be "correct" (or "the most rational") when one is confronted with contradictory but rational interpretations on the same point is fully justified in light of the rule of law, as this is the very kind of arbitrariness that principle is designed to prevent. [Emphasis added.]

In an article published in 1982 Professor Mullan also defends the idea of some form of judicial review of inconsistent decision-making (David J. Mullan, "Natural Justice and Fairness — Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?" (1982), 27 *McGill L.J.* 250). Rather than concentrating on the situation created by inconsistency

peut illustrer la chose en utilisant l'exemple d'un arbitre siégeant en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*. Deux arbitres siégeant dans des affaires différentes peuvent fort bien trancher de façon contradictoire, mais néanmoins rationnelle et motivée, une même difficulté juridique soulevée par des faits semblables. Le sort du plaignant, lorsque des divergences de ce type perdurent, dépend de l'identité de l'arbitre qui entend sa plainte. Ce résultat est difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible. En présence de divergences de ce type, que ce soit au sein de la même juridiction administrative, entre juridictions différentes de même degré ou entre juridictions de degrés différents dans un même domaine d'attribution, les tribunaux supérieurs interviendront pour uniformiser le droit, même si chacune des diverses interprétations paraît raisonnable. [Je souligne.]

Le doyen Morissette estime que ces objectifs d'égalité, de sécurité et d'uniformité dans l'application de la loi sont compatibles avec la finalité même du contrôle judiciaire (à la p. 634):

Mais à bien y penser, il s'agit là, sans doute, d'une forme fondamentale de rationalité. Le contrôle judiciaire servant avant tout à combattre l'arbitraire, qu'y a-t-il à redire d'une doctrine qui commande aux tribunaux supérieurs d'intervenir, non plus au nom d'un légalisme minutieux, mais par souci de rationalité? Imposer l'interprétation qu'on croit être «correcte» parce qu'on ne partage pas, à cause de son effet ou pour quelque raison semblable, une autre interprétation par ailleurs rationnelle, ne se justifie que difficilement dans le cadre du contrôle judiciaire, à moins bien sûr de postuler que l'appel et le contrôle judiciaire sont une seule et même chose. Imposer l'interprétation qu'on croit être «correcte» (ou «la plus rationnelle») lorsqu'on est en présence d'interprétations contradictoires mais rationnelles sur une même question se justifie pleinement en regard de la primauté du droit, car c'est bien là le genre d'arbitraire que vise à empêcher ce principe. [Je souligne.]

Dans un article paru en 1982, le professeur Mullan a également défendu l'idée d'une certaine forme de contrôle judiciaire de l'incohérence décisionnelle (David J. Mullan, «Natural Justice and Fairness—Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?» (1982), 27 *R.D. McGill* 250). Plutôt que de se concentrer sur la situation créée par

between two well-reasoned and rational interpretations, Professor Mullan emphasizes the principle that similar cases should be given similar treatment. In the interests of justice, fairness and equality in the application of the law, administrative inconsistency would thus require intervention by the courts (at pp. 285-86):

Given the prevalence of this principle of consistency of treatment in the development of most legal systems as well as within the various substrata of legal systems, there is a strong case for branding as reviewable those cases where statutory authorities inexplicably fail to act consistently. To do so without reason or without thinking would seem to be the height of arbitrary behaviour. It is also worth remembering that judicial review of administrative action has from its earliest days been concerned with the appearance of the proper administration of justice. If the law is prepared to countenance a rule to the effect that a reasonable apprehension of bias will affect the validity of a decision in order to safeguard the reputation of the law, there is also clearly room for condemning unexplained or inexplicable inconsistencies in the administration of statutory discretions from which the law's reputation will suffer as much. [Emphasis added.]

Finally, Professor Comtois, *supra*, at p. 88, discusses the same constraints as the preceding writers, emphasizing the emergence of a "flexible" rule of consistency in administrative law:

[TRANSLATION] A flexible rule, in the sense that it should not be interpreted as an obligation to follow precedents or amount to a strict application of the *stare decisis* rule, but one which may nevertheless receive judicial sanction when the court finds that fairness or respect for the rule of law requires its intervention to put an end to the uncertainty created by contradictory decisions rendered by different tribunals on the same point. [Emphasis added.]

The requirement of consistency in the application of the law is unquestionably a valid objective and so a persuasive argument. For litigants to receive diametrically opposite answers to the same question, depending on the identity of the members of administrative tribunals, may seem unacceptable to some and even difficult to reconcile with several objectives, including the rule of law. Yet, as the courts have held, consistency in decision-

l'incompatibilité entre deux interprétations motivées et rationnelles, le professeur Mullan a insisté sur le principe voulant que des causes similaires soient traitées de façon analogue. Par souci de justice, d'équité et d'égalité dans l'application de la loi, l'incohérence administrative exigerait, ainsi, l'intervention des cours de justice (aux pp. 285 et 286):

[TRADUCTION] Puisque ce principe de la cohérence dans le traitement joue un rôle de premier plan dans l'élaboration de la plupart des systèmes juridiques et à l'intérieur des divers substrats des systèmes juridiques, on devrait considérer comme révisables les décisions prises par des autorités légales qui omettent inexplicablement d'agir avec cohérence. Agir ainsi sans raison ou réflexion semble constituer l'apogée du comportement arbitraire. Il importe aussi de se rappeler que le contrôle judiciaire des décisions administratives a toujours visé l'apparence de bonne administration de la justice. Si la loi permet, pour garantir sa réputation, d'admettre une règle établissant qu'une crainte raisonnable de partialité influera sur la validité d'une décision, il est de toute évidence possible de décrier les incohérences inexplicables ou inexplicables dans l'administration des pouvoirs discrétionnaires légaux qui porteront atteinte à la réputation de la loi.

Enfin, le professeur Comtois, *loc. cit.*, à la p. 88, fait état des mêmes impératifs que les auteurs précédents en insistant sur l'émergence d'un principe «flexible» de cohérence en droit administratif:

Un principe flexible dans le sens où il ne doit pas être interprété comme une obligation de suivre les précédents, ou équivaloir à une application stricte de la règle du *stare decisis*, mais un principe qui peut néanmoins être sanctionné judiciairement lorsque la cour juge que l'équité ou le respect de la primauté du droit requièrent qu'elle intervienne pour mettre fin à l'incertitude créée par les décisions contradictoires rendues par des bancs différents sur une même question. [Je souligne.]

L'impératif de cohérence dans l'application de la loi constitue, indéniablement, un objectif valable, donc un argument de poids. Que des justiciables reçoivent, relativement à la même question, des réponses diamétralement opposées selon l'identité des membres de tribunaux administratifs peut apparaître inacceptable à certains et même difficilement compatible avec plusieurs objectifs, parmi lesquels la primauté du droit. Or, comme

making and the rule of law cannot be absolute in nature regardless of the context. So far as judicial review is concerned, the problem of inconsistency in decision-making by administrative tribunals cannot be separated from the decision-making autonomy, expertise and effectiveness of those tribunals.

Courts have had the opportunity to consider the advisability of intervening to resolve conflicting decisions by administrative tribunals. In *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.), faced with two inconsistent interpretations of s. 13(b) of the *Inflation Restraint Act*, 1982, S.O. 1982, c. 55, by the Labour Relations Board on the one hand and the Education Relations Commission on the other, the Ontario Court of Appeal (at pp. 237-38) adopted the comments of Galligan J. of the Divisional Court (now of the Court of Appeal):

I cannot for one moment suggest that either's interpretation of the Act was patently unreasonable. The decisions of the two tribunals are careful, thoughtful, well-reasoned and persuasive. One of my many problems with this case is that as I read each decision I am persuaded by it. The extension of curial deference to each of them would lead to unacceptable results.

It seems to me that the curial deference demanded by authority ought only be extended to a tribunal when it is interpreting its Constitution or home statute. By that I mean curial deference need only be granted to the Labour Relations Board when it interprets the *Labour Relations Act*, and to the Education Relations Commission when it interprets the Boards and Teachers Negotiations Act. The Act is a statute that applies not only to workers and employers who are governed by the *Labour Relations Act* and the Boards and Teachers Negotiations Act but to many others. While it is legislation that applies only to what can loosely be called the public sector of Ontario, and not to the population of Ontario at large, I think the Act is more akin to a "general public enactment" as that term was used by Laskin C.J.C. in *McLeod et al. v. Egan et al.*, [1975] 1 S.C.R. 517 . . .

l'indique la jurisprudence, la cohérence décisionnelle et la primauté du droit ne sauraient avoir un caractère absolu, dénué de tout contexte. Dans le cadre du contrôle judiciaire, le problème de l'incohérence décisionnelle au sein d'instances administratives est indissociable de l'autonomie décisionnelle, l'expertise et l'efficacité de ces mêmes tribunaux.

Les cours de justice ont eu, en effet, l'occasion de se pencher sur l'opportunité d'intervenir afin de régler un conflit jurisprudentiel entre des instances administratives. Dans l'affaire *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.), confrontée à deux interprétations incompatibles de l'al. 13b) de l'*Inflation Restraint Act*, 1982, S.O. 1982, ch. 55, par la Commission des relations de travail d'une part, et la Commission des relations de travail en éducation de l'autre, la Cour d'appel de l'Ontario a repris à son compte aux pp. 237 et 238 les propos du juge Galligan de la Cour divisionnaire (maintenant de la Cour d'appel):

[TRADUCTION] Je ne peux supposer pour un instant que l'une des deux interprétations était manifestement déraisonnable. Les décisions des deux tribunaux sont rédigées en termes soignés, réfléchis, raisonnés et convaincants. Un des nombreux problèmes que me pose la présente affaire est que chacune des décisions me convainc. Faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de chacune d'elles donnerait lieu à des résultats inacceptables.

Il me semble qu'il y a lieu, selon la jurisprudence, de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard d'un tribunal seulement lorsque celui-ci interprète sa loi constitutive ou sa loi interne. Ainsi, il n'y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la Commission des relations de travail que lorsqu'elle interprète la *Loi sur les relations de travail*, et à l'égard de la Commission des relations de travail en éducation, que lorsqu'elle interprète la Boards and Teachers Negotiations Act. La Loi est un texte qui s'applique non seulement aux travailleurs et aux employeurs régis par la *Loi sur les relations de travail* et la Boards and Teachers Negotiations Act, mais à bien d'autres. Bien qu'il s'agisse d'une loi qui vise seulement ce qui correspond vaguement au secteur public de l'Ontario et non l'ensemble de la population de l'Ontario, je crois que cette loi ressemble davantage à

than it is to the specialized and particular *Labour Relations Act* and *Boards and Teachers Negotiations Act*. [Emphasis added.]

It concluded (at p. 239):

We agree with the decision of Galligan J. in this regard. The theory underlining the concept of curial deference has no application here. The Act is, in every sense, a general public enactment. It is not one with which either the Ontario Labour Relations Board or the Education Relations Commission was integrally or closely involved nor over which they could be said to profess any particular expertise. [Emphasis added.]

Domtar referred to *Broadway Manor Nursing Home* in support of its position. That case cannot be interpreted as adopting the existence of conflicting decisions as an independent basis for judicial review. The Ontario Court of Appeal was actually concerned with the nature of the statute which was the subject of the conflict in question. By characterizing the *Inflation Restraint Act, 1982* as a general public enactment which neither the Labour Relations Board nor the Education Relations Commission had the function of interpreting as part of their particular expertise, it simply held that, owing to this lack of expertise, the principle of curial deference did not apply. Since the Act, the interpretation of which was at issue, was not at the core of the specialized jurisdiction of either of the administrative tribunals, any error of law was immediately subject to strict judicial review and not to the patently unreasonable interpretation test.

This reading of *Broadway Manor Nursing Home* seems to be confirmed by a later judgment, *United Steelworkers of America, Local 14097 v. Franks* (1990), 75 O.R. (2d) 382. In that case, the Ontario Divisional Court was confronted with two inconsistent interpretations of s. 40a of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137. Reid J. first

«un texte législatif général d'intérêt public», au sens donné à cette expression par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *McLeod et al. c. Egan et al.*, [1975] 1 R.C.S. 517, [...] qu'au texte spécialisé et particulier de la *Loi sur les relations de travail* et de la *Boards and Teachers Negotiations Act*. [Je souligne.]

Pour conclure (à la p. 239):

[TRADUCTION] Nous sommes d'accord avec la décision du juge Galligan sur ce point. La théorie sous-jacente au concept de retenue judiciaire n'est pas applicable en l'espèce. La Loi est, à tous points de vue, un texte législatif général d'intérêt public. Il ne s'agit pas d'une loi que la Commission des relations de travail de l'Ontario ou la Commission des relations de travail en éducation a pour mission d'interpréter intégralement ou étroitement ni d'une loi relativement à laquelle elles possèdent une compétence particulière. [Je souligne.]

Domtar s'est référée à l'arrêt *Broadway Manor Nursing Home* pour appuyer sa position. Or, ce dernier ne saurait s'interpréter comme adoptant l'existence d'un conflit jurisprudentiel comme motif autonome de contrôle judiciaire. La Cour d'appel de l'Ontario s'est plutôt penchée sur la nature de la loi faisant l'objet du conflit en question. En qualifiant l'*Inflation Restraint Act, 1982* de loi d'intérêt public que ni la Commission des relations de travail et ni la Commission des relations de travail en éducation n'avaient pour mission d'interpréter dans le cadre de leur compétence particulière, elle a simplement jugé qu'en raison de cette absence d'expertise, le principe de la retenue judiciaire n'avait pas d'application. Puisque la loi dont l'interprétation était en jeu n'était au cœur de la compétence spécialisée ni de l'une ni de l'autre des instances administratives, toute erreur de droit était, dès le départ, sujette au contrôle judiciaire strict et non au test de l'interprétation manifestement déraisonnable.

Cette lecture de l'arrêt *Broadway Manor Nursing Home* semble confirmée par un arrêt subséquent, *United Steelworkers of America, Local 14097 c. Franks* (1990), 75 O.R. (2d) 382. Dans cette affaire, la Cour divisionnaire de l'Ontario était confrontée à deux interprétations incompatibles de l'art. 40a de la *Loi sur les normes d'em-*

noted the crucial importance of determining the applicable standard of review (at pp. 385-86):

We have two reasonable, but conflicting, interpretations. (I use the term "reasonable" as a more convenient expression than the traditional but awkward phrase "not patently unreasonable".) It follows that, if the standard of review on this application is reasonableness, the application should be dismissed. If, on the other hand, the standard is correctness, only one may stand and we must choose between them. Two conflicting interpretations of the same statutory provision might be reasonable, but they cannot both be correct. This issue of standard of review is thus critical. [Emphasis added.]

Reid J. distinguished *Broadway Manor Nursing Home*, noting that, in that case, the administrative tribunal was not interpreting its enabling Act, unlike in the case before him (p. 386). After underlining the existence of a privative clause, he concluded as follows (at pp. 387-88):

The dismissal of this application will leave in place two conflicting interpretations of equal legal stature of a statutory provision. We are informed that it has since been amended, but even if that were not so there does not appear to be any basis on which the court may intervene to resolve the conflict. The doctrine of *stare decisis* which prevails in the courts tends to the avoidance of conflict in their decisions and such conflict as does occur may be resolved by the mechanism of appeal. But the doctrine of *stare decisis* does not apply to referees, or arbitrators, or, for that matter, to administrative tribunals generally, nor are referees, or arbitrators, or administrative tribunals generally (there are exceptions) subject to appeal. These are characteristics of tribunals which legislators have created to provide what they believe to be for certain purposes more appropriate forums for decision-making than the courts. The references I have made above confirm that the courts' supervisory role on judicial review is very limited. There is no authority for extending that supervision in the way proposed nor any rationale for doing so. [Emphasis added.]

The Quebec Court of Appeal in turn considered conflicting decisions in *Produits Pétro-Canada*

ploi, L.R.O. 1980, ch. 137. Le juge Reid a d'abord noté l'importance primordiale de déterminer la norme de contrôle applicable (aux pp. 385 et 386):

[TRADUCTION] Nous avons deux interprétations raisonnables, mais contradictoires. (J'utilise le terme «raisonnable» que j'estime plus utile que l'expression traditionnelle mais maladroite «non manifestement déraisonnable».) Il s'ensuit que, si la norme de contrôle qui s'y applique est le caractère raisonnable, la demande devrait être rejetée. Par contre, si la norme est la justesse de la décision, une seule peut être retenue et il nous faut faire un choix entre les deux. Deux interprétations contradictoires de la même disposition législative peuvent être raisonnables, mais elles ne peuvent être toutes deux correctes. La question de la norme de contrôle est donc critique. [Je souligne.]

Or, le juge Reid a distingué l'affaire *Broadway Manor Nursing Home* pour noter que là, le tribunal administratif n'interprétait pas sa loi constitutive, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire dont il était saisi (p. 386). Après avoir souligné l'existence d'une clause privative, il a conclu dans les termes suivants (aux pp. 387 et 388):

[TRADUCTION] Le rejet de la demande aura pour effet de maintenir, relativement à une même disposition législative, deux interprétations contradictoires de même importance juridique. On nous a informés que cette disposition a depuis été modifiée; toutefois, même si ce n'était pas le cas, il ne paraît pas exister de fondement qui justifierait l'intervention de la cour en vue de régler le conflit. La règle du *stare decisis* qui existe devant les tribunaux vise à éviter les contradictions entre leurs décisions, et les contradictions qui existent peuvent être réglées par voie d'appel. Toutefois, la règle du *stare decisis* ne s'applique pas aux arbitres, ni d'ailleurs aux tribunaux administratifs en général, et la décision d'un arbitre ou d'un tribunal administratif en général ne peut faire l'objet d'un appel (il existe des exceptions). Ce sont les caractéristiques des tribunaux que les législateurs ont créés afin d'offrir ce qu'ils considèrent, à certaines fins, comme des mécanismes décisionnels plus appropriés que les cours de justice. Les arrêts cités ci-dessus confirment que le rôle de supervision des cours de justice en matière de contrôle judiciaire est fort limité. Il n'y a pas de jurisprudence permettant d'élargir cette supervision de la façon proposée ni aucune raison de le faire. [Je souligne.]

La Cour d'appel du Québec s'est penchée, à son tour, sur un conflit jurisprudentiel dans l'affaire

Inc. v. Moalli, supra. Noting that there was a serious and unquestionable conflict in interpreting ss. 97 and 124 of the *Act respecting Labour Standards*, R.S.Q., c. N-1.1, it observed that this resulted in an unacceptable situation (at p. 267):

[TRANSLATION] For many years the fate of litigants has depended largely on the identity of the arbitrator hearing the dismissal complaint. Positions have hardened. Two separate and inconsistent rules of law are definitely being applied. Does this situation justify intervention by the Superior Court?

The court considered that [TRANSLATION] “in view of the seriousness of the conflict of interpretation that has resulted, however, this is a case in which sooner or later the superior courts will have to intervene” (p. 268). Accordingly (at p. 268):

[TRANSLATION] The instant appeal clearly raises this problem of interpretation, as to which there are “diametrically opposed” opinions. Its importance for legal practice in this area of labour relations cannot be denied. At this point, it appears that *we are confronted with one of those exceptional situations in which, contrary to the general rule of curial deference, the superior courts must intervene to arrive at an interpretation of the law and avoid having litigants subject to two different legal rules, and possibly even the unpredictable appointment of arbitrators . . .* [Emphasis in original.]

The Court of Appeal thus pointed to the existence of an extremely serious case law conflict which had not been [TRANSLATION] “solved since the *Act respecting Labour Standards* came into force” (p. 267), and went on to develop its own interpretation of the provisions in question. Since the Court of Appeal and Domtar both referred to *Moalli* in arguing in favour of an independent basis for judicial review of decision-making inconsistency by administrative tribunals, it becomes necessary to consider the scope of that decision.

To begin with, it appears that, from the outset, the standard of review applicable in that case was the correctness of the arbitrator’s interpretation, not whether his decision was patently unreasonable. The Court of Appeal held that the question of

Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli, précitée. Ayant constaté un conflit grave et incontestable d’interprétation des art. 97 et 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, elle a noté que ce conflit donnait lieu à une situation inacceptable (à la p. 267):

Le sort des plaideurs, depuis plusieurs années, dépend largement de l’identité de l’arbitre saisi de la plainte de congédiement. Les positions se sont cristallisées. En définitive, l’on applique deux règles de droit distinctes et incompatibles. Cette situation justifierait-elle l’intervention de la Cour supérieure?

La cour a considéré qu’«[e]n tenant compte cependant de la gravité du conflit d’interprétation qui est survenu, il s’agit d’un cas où tôt ou tard, les tribunaux supérieurs doivent intervenir» (p. 268). Ainsi (à la p. 268):

Le présent appel pose clairement ce problème d’interprétation, au sujet duquel s’affrontent des opinions «diamétralement opposées». L’on ne saurait nier son importance pour la pratique juridique de ce secteur des relations de travail. À ce moment, il apparaît que nous nous trouvons devant une de ces situations exceptionnelles où, par dérogation à la règle générale d’abstention judiciaire, il faut que les tribunaux supérieurs interviennent pour dégager une interprétation de la loi et éviter que les intéressés ne soient soumis à deux règles de droit différentes, sinon aux simples aléas de la désignation des arbitres . . . [En italique dans l’original.]

La Cour d’appel a donc invoqué l’existence d’un conflit jurisprudentiel extrêmement sérieux, n’ayant pas connu «de solution depuis l’entrée en vigueur de la *Loi sur les normes du travail*» (p. 267), avant de dégager sa propre interprétation des dispositions en cause. Puisque la Cour d’appel et Domtar se sont toutes deux référées à l’arrêt *Moalli* afin de justifier l’existence d’un motif autonome de contrôle judiciaire de l’incohérence décisionnelle au sein d’instances administratives, il convient de s’interroger sur la portée de cette décision.

En premier lieu, il semble que la norme de contrôle applicable dans cette affaire était, dès le départ, la justesse de l’interprétation de l’arbitre et non le caractère manifestement déraisonnable de sa décision. La Cour d’appel a, en effet, jugé que la

the applicability of s. 97 of the *Act respecting Labour Standards* to s. 124 of that Act was a question of jurisdiction. Thus, in the view of LeBel J.A. (at p. 266):

[TRANSLATION] Section 124 requires that certain conditions be met for the arbitrator to hear the dismissal proceeding. One of these is continuous service for the same employer for five years. From this standpoint, the application and interpretation of s. 97 raise a jurisdictional question properly speaking, within the meaning given to that term by Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*. The arbitrator would certainly have the right and even an obligation to deal with this question. However, his error, even a reasonable error, would be subject to judicial review. [Emphasis added.]

In her comment on *Moalli* Ms. Ouimet expands on this initial description:

[TRANSLATION] In any case, we have to admit that by characterizing this question as within jurisdiction, the *Péto-Canada* decision would have been completely different and LeBel J.A. would only have had to rule on the reasonability of the two schools of thought without at the same time settling the matter. Accordingly, it may be thought that he "chose" to characterize this question as jurisdictional in order to rule on the correctness of the interpretation of the arbitrator *Moalli*, rather than on his reasonableness, in which case we are back at square one.

(Hélène Ouimet, "Commentaires sur l'affaire Produits Péto-Canada c. *Moalli*" (1987), 47 *R. du B.* 852, at p. 858.)

Another writer is of the view that this characterization did not disappear in favour of an independent ground of judicial review:

[TRANSLATION] . . . in the view of LeBel J.A., who wrote the reasons, the question before the arbitrator in that case was "properly jurisdictional". Specifically, the applicability of s. 97 of the *Act respecting Labour Standards* to s. 124 of that Act, which requires continuous service for the same employer for five years for there to be a complaint of dismissal, was a jurisdictional question on which the arbitrator could not err. In other words, the question was from the outset, and always has been, a question of jurisdiction in the strict sense, not a

question de l'applicabilité de l'art. 97 de la *Loi sur les normes du travail* à l'art. 124 de la même loi était juridictionnelle. Ainsi, selon le juge LeBel (à la p. 266):

L'article 124 exige la réalisation de certaines conditions pour que l'arbitre puisse se saisir du congédiement. L'une de celles-ci est la continuité du service pendant cinq ans pour le même employeur. Dans cette optique, l'application et l'interprétation de l'article 97 poseraient alors une question proprement juridictionnelle au sens donné à ce terme par monsieur le juge Beetz, dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*. L'arbitre aurait certes le droit et même l'obligation de statuer à son sujet. Cependant, son erreur, même raisonnable, serait sujette à révision judiciaire. [Je souligne.]

Dans son commentaire de l'arrêt *Moalli*, M^e Ouimet élabore sur cette qualification initiale:

En tout état de cause, force nous est d'admettre cependant qu'en qualifiant d'intra-juridictionnelle cette question, la décision *Péto-Canada* aurait été tout autre et le juge LeBel n'aurait eu qu'à conclure à la raisonabilité des deux écoles de pensée sans pour autant régler le litige. Dès lors, il est possible de croire qu'il ait «choisi» de qualifier cette question de juridictionnelle, de façon à statuer sur l'exactitude de l'interprétation de l'arbitre *Moalli* plutôt que sur sa raisonabilité, auquel cas nous retournerions à la case départ.

(Hélène Ouimet, «Commentaires sur l'affaire Produits Péto-Canada c. *Moalli*» (1987), 47 *R. du B.* 852, à la p. 858.)

Par ailleurs, un autre auteur est d'avis que cette qualification ne s'est pas effacée au profit d'un motif autonome de contrôle judiciaire:

. . . de l'avis du juge LeBel qui a rédigé les motifs, la question soumise à l'arbitre était, dans ce cas-là, «proprement juridictionnelle». Plus précisément, l'applicabilité de l'article 97 de la *Loi sur les normes du travail* à l'article 124 de la même loi, qui exige la continuité du service pendant cinq ans chez un même employeur pour donner lieu à une plainte de congédiement, était une question attributive de compétence sur laquelle l'arbitre ne pouvait se tromper. Autrement dit, la question était dès le départ et a toujours été une question de compé-

question within jurisdiction which lost that characterization because of a dispute. [Emphasis added.]

(Jean-François Jobin, «Le contrôle judiciaire des erreurs de compétence ou dites proprement juridictionnelles: où en sommes-nous?» (1990), 50 *R. du B.* 731, at pp. 748-49.)

Similarly, in *Moalli* the Court of Appeal referred to *Broadway Manor Nursing Home*, *supra*. After citing the reasons of Galligan J. which I reproduced above, LeBel J.A. continued (at pp. 267-68):

[TRANSLATION] I would hesitate to apply this aspect of the reasoning without qualification in the case at bar . . . In some cases the interpretation of the wording of general legislation is a necessary function of the arbitrator or lower court. It is part of what they do and is protected by the usual attitude of curial deference. In any case, the problem does not seem to arise here on account of the jurisdictional characterization which I apply to the problem of interpreting and applying ss. 124 and 97 A.L.S. [Emphasis added.]

In the present case, on the contrary, there could be no question that the CALP was acting within its jurisdiction. The Court of Appeal does not seem to have made this distinction in referring to *Moalli*.

Furthermore, since *Moalli*, apart from the case at bar, the Quebec Court of Appeal has not to my knowledge thought it proper to intervene on the ground that there were conflicting decisions between administrative tribunals: *Hydro-Québec v. Conseil des services essentiels* (1991), 41 Q.A.C. 292; *Syndicat canadien de la Fonction publique v. Commission des écoles catholiques de Québec*, C.A. Québec, No. 200-09-000463-866, December 20, 1989, J.E. 90-176, and *Syndicat des communications graphiques, local 509M v. Auclair*, [1990] R.J.Q. 334. In this last case, Tourigny J.A. further clarified the meaning of *Moalli* as follows (at p. 340):

[TRANSLATION] It might be argued that *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli* created an exception to the generally accepted rule that courts intervene only where there are patently unreasonable errors. In that case, LeBel J.A. came to the conclusion that the Superior

tence au sens strict; et non pas une question intrajuridictionnelle qui aurait perdu ce qualificatif à cause d'une controverse. [Je souligne.]

(Jean-François Jobin, «Le contrôle judiciaire des erreurs de compétence ou dites proprement juridictionnelles: où en sommes-nous?» (1990), 50 *R. du B.* 731, aux pp. 748 et 749.)

De même, la Cour d'appel s'est référée, dans l'arrêt *Moalli*, à l'affaire *Broadway Manor Nursing Home*, précitée. Or, après avoir cité les motifs du juge Galligan que j'ai reproduits ci-avant, le juge LeBel a poursuivi (aux pp. 267-68):

J'hésiterais à appliquer intégralement cet aspect de la motivation dans la présente espèce. [. . .] En certains cas, l'interprétation des textes des lois générales est une fonction nécessaire de l'arbitre ou du tribunal inférieur. Elle constitue une part de leur activité que protège l'attitude normale de réserve judiciaire. Quoi qu'il en soit, le problème ne se poserait pas ici, en raison de la qualification juridictionnelle que je retiens à l'égard du problème d'interprétation et d'application des articles 124 et 97 L.N.T. [Je souligne.]

Ici, au contraire, il ne saurait être mis en doute que la CALP agissait à l'intérieur de sa compétence. La Cour d'appel ne semble pas avoir fait cette distinction en se référant à l'arrêt *Moalli*.

D'autre part, depuis l'arrêt *Moalli* et exception faite de la présente affaire, la Cour d'appel du Québec n'a pas jugé opportun, à ma connaissance, d'intervenir au motif qu'il existait un conflit jurisprudentiel au sein d'instances administratives: *Hydro-Québec c. Conseil des services essentiels* (1991), 41 Q.A.C. 292; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Commission des écoles catholiques de Québec*, C.A. Québec, n° 200-09-000463-866, le 20 décembre 1989, J.E. 90-176, et *Syndicat des communications graphiques, local 509M c. Auclair*, [1990] R.J.Q. 334. Dans ce dernier arrêt, le juge Tourigny nuançait la portée de l'affaire *Moalli* dans les termes suivants (à la p. 340):

On pourrait soutenir que *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli* a créé une exception à la règle généralement acceptée à l'effet que les cours n'interviennent que dans les cas d'erreurs manifestement déraisonnables. Dans cette affaire, le juge LeBel en venait à la conclusion que

Court could have been justified in intervening in cases where, despite the reasonableness of the error of law, it was in the public interest to put an end to divergent opinions among lower tribunals. However, the wording used in that case should be examined more closely. LeBel J.A. speaks of "... the reality and seriousness of a case law conflict which has not been solved since the Act ... came into force" and of "... two separate and inconsistent rules of law". This language suggests that review in such circumstances should be reserved for cases in which there are significant conflicts in the decisions of the lower tribunals.

That is not the case here.

In *Syndicat canadien de la Fonction publique v. Commission des écoles catholiques de Québec*, Dussault J.A. rejected as follows the argument that the existence of two diverging lines of arbitral decisions justified intervention by the courts (at pp. 12-13):

[TRANSLATION] In my view, the judgment of this Court in *Produits Pétro Canada Inc. v. Moalli* ... must be considered with the greatest circumspection. It was rendered in response to the entirely exceptional circumstances of that case, when the differing interpretations related to the Act itself. It seems to me to be misguided if not dangerous to apply the rule of intervention by the courts every time one arbitrator takes a different approach from the others in interpreting a provision of a collective agreement and so to provide an automatic right of appeal disguised in the form of evocation.

In short, although, strictly speaking, *Moalli* can be interpreted as saying that the existence of a significant conflict in decisions is an independent basis for judicial review, it must be noted that its impact is both ambiguous and limited. While its scope has been qualified by subsequent decisions of the Quebec Court of Appeal, this restrictive interpretation does not of itself resolve the questions that remain regarding judicial review. The problem presented by the standard of review applicable to an arbitrator's decision seems to me to be unavoidable. If the question before the arbitrator in *Moalli* was jurisdictional in nature, he could not err without being subject to judicial review. If, on the other hand, the question was within jurisdiction, only a patently unreasonable interpretation

la Cour supérieure pouvait être justifiée d'intervenir dans des cas où, malgré le caractère raisonnable de l'erreur de droit, il était dans l'intérêt public de mettre fin à des opinions divergentes au sein des tribunaux inférieurs. On doit cependant regarder de plus près les termes utilisés dans cette affaire. Le juge LeBel parle de «(...) la réalité et la gravité d'un conflit jurisprudentiel qui ne connaît pas de solution depuis l'entrée en vigueur de la Loi (...)» et de «(...) deux règles de droit distinctes et incompatibles». Ces termes suggèrent que la révision en pareilles circonstances doit être réservée aux cas où il y a, dans la jurisprudence des tribunaux inférieurs, des conflits sérieux.

Ce n'est pas le cas ici.

Dans l'affaire *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Commission des écoles catholiques de Québec*, le juge Dussault a rejeté, comme suit, l'argument voulant que l'existence de deux courants de jurisprudence arbitrale justifie l'intervention des cours de justice (aux pp. 12 et 13):

À mon avis, le jugement de notre Cour dans *Produits Pétro Canada Inc. c. Moalli* [...] doit être considéré avec la plus grande circonspection. Il a été prononcé en raison des circonstances tout à fait exceptionnelles de l'espèce et alors que les divergences d'interprétation visaient la loi elle-même. Il me paraîtrait abusif sinon dangereux de consacrer le principe de l'intervention des tribunaux à chaque fois qu'un arbitre n'aurait pas le même pas que les autres dans l'interprétation d'une disposition d'une convention collective et d'accorder ainsi, déguisé sous la forme de l'évocation, un droit d'appel automatique.

En résumé, même si l'arrêt *Moalli* peut, à la rigueur, s'interpréter comme s'autorisant de l'existence d'un conflit jurisprudentiel sérieux comme motif autonome de contrôle judiciaire, force est de constater que sa portée est à la fois ambiguë et limitée. Quoique les arrêts subséquents de la Cour d'appel du Québec aient nuancé sa portée, cette interprétation restrictive ne résout pas, pour autant, les interrogations qui subsistent en matière de contrôle judiciaire. Le problème posé par la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre m'apparaît, à cet égard, incontournable. Si la question dont était saisi l'arbitre dans *Moalli* en était une de nature juridictionnelle, il ne pouvait commettre d'erreur sans s'exposer au contrôle judiciaire. Si, par ailleurs, la question était intrajurisdictionnelle,

would call for judicial review. The fact that, in that case, the Court of Appeal held that it was departing from the rule of curial deference does not, strictly speaking, in any way alter the following observation: an initial conclusion that, for judicial review purposes, the legislature itself admits several possible and rational constructions of the same legislative provision is the guiding principle without which, in theory, there can be no judicial review in the event of conflicting decisions.

This guiding principle was well delineated by Reid J. in *Franks, supra*: like the standard of review applicable to the impugned decision, the context in which several contending values conflict, here as there, is crucial. The issue is between the expertise and effectiveness of administrative tribunals and curial deference, on the one hand, and consistency and predictability in the application of the law, on the other. The advisability of judicial intervention in the event of conflicting decisions among administrative tribunals, even when serious and unquestionable, cannot, in these circumstances, be determined solely by the “triumph” of the rule of law. Where decisions made within jurisdiction are not patently unreasonable, the issue instead turns on whether the principles underlying curial deference should give way to other imperatives. In my opinion, the answer is no.

First, dealing with a case of administrative inconsistency and solving it means altering the already delicate institutional relationship between administrative tribunals and courts with reference to the impugned decision. As Professor MacLauchlan notes, *supra*, at p. 441:

It is a matter of applying rules, or principles, to facts. The essence of the matter is not to determine in some scientific fashion whether a decision is consistent with a claimed precedent but to determine *who should decide*. [Emphasis in original.]

At page 445, the author adds: “[r]eview for inconsistency, so far from being neutral or disengaged, invites full judicial reconsideration of the

seule une interprétation manifestement déraisonnable appelait le contrôle judiciaire. Le fait que la Cour d’appel ait jugé, dans cette affaire, qu’elle dérogeait au principe de la retenue judiciaire ne change strictement rien au constat suivant: une conclusion initiale à l’effet que le législateur admet lui-même, aux fins du contrôle judiciaire, plusieurs lectures possibles et rationnelles d’une même disposition législative constitue le fil directeur sans lequel l’opportunité d’un contrôle judiciaire en cas de conflit jurisprudentiel ne saurait, en principe, se poser.

Le juge Reid a bien cerné ce fil directeur dans l’affaire *Franks*, précitée: tout comme la norme de contrôle applicable à la décision contestée, le contexte dans lequel s’affrontaient, là comme ici, plusieurs valeurs, est déterminant. Il s’agit de l’expertise et de l’efficacité des tribunaux administratifs et la retenue judiciaire d’une part, contre la cohérence et la prévisibilité dans l’application de la loi, de l’autre. L’opportunité d’une intervention judiciaire en cas de conflit jurisprudentiel au sein de tribunaux administratifs, même grave et incontestable, ne saurait, dans ces conditions, s’inspirer uniquement du «triomphe» de la primauté du droit. Dans le cas de décisions intrajuridictionnelles non manifestement déraisonnables, le débat se résume, plutôt, à se demander si les principes sous-jacents à la retenue judiciaire doivent céder le pas à d’autres impératifs. À mon avis, la réponse est non.

En premier lieu, se pencher sur un cas d’incohérence administrative et le solutionner, c’est modifier le rapport institutionnel, déjà délicat, entre les tribunaux administratifs et les cours de justice sous l’angle de la décision contestée. Comme le souligne le professeur MacLauchlan, *loc. cit.*, à la p. 441:

[TRADUCTION] Il s’agit d’appliquer les règles ou les principes aux faits. Le fond de la question n’est pas de déterminer d’une manière scientifique si une décision est cohérente par rapport à un précédent invoqué mais bien de déterminer *qui doit décider*. [En italique dans l’original.]

À la p. 445, l’auteur ajoute: [TRADUCTION] «L’examen de l’incohérence, loin d’être neutre ou libre, donne lieu à une révision judiciaire complète

administrative decision". A jurisprudential conflict must necessarily be found. In order to solve it, courts must proceed to examine the merits of the decisions in question. As Professor Mullan himself points out, *supra*, at p. 282:

The determination of whether there has been inconsistency will seldom, if ever, come down to a case of different treatment of two persons in precisely the same situation. Rather, it will generally involve the court in making judgments as to whether A's situation was sufficiently dissimilar to B's to make their differential treatment justifiable. "Is refusing induction qualitatively the same as the situations previously dealt with by the Commission?" As soon as the determination of such questions becomes the court's function, the judge will be involved in substantially the same assessment task as the statute has confided to the Commission. [Emphasis added.]

In my opinion, there is a real risk that superior courts, by exercising review for inconsistency, may be transformed into genuine appellate jurisdictions. Far from being neutral, the concept of consistency is an elusive parameter which, varying depending on the objective sought, may distort the very nature of judicial review. The arbitrariness which the judicial sanction is designed to remedy may, thus, become the result. In *Bibeault, supra*, Beetz J. commented as follows on the use of the theory of preliminary or collateral questions as a means of arriving at judicial review (at p. 1087):

The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question "Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal's power?" for the only question which should be asked, "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" [Emphasis added.]

In my opinion, questions as to the advisability of resolving a jurisprudential conflict avoid the main issue, namely, who is in the best position to rule on the impugned decision. Substituting one's opinion for that of an administrative tribunal in order to develop one's own interpretation of a legislative provision eliminates its decision-making autonomy

de la décision administrative». Un conflit jurisprudentiel doit, nécessairement, être constaté. Afin de le solutionner, les cours de justice doivent procéder à un examen du bien-fondé des décisions concernées. Comme le souligne le professeur Mullan lui-même, *loc. cit.*, à la p. 282:

[TRADUCTION] L'examen de la question de savoir s'il y a eu incohérence aboutira rarement, sinon jamais, à un cas où deux personnes exactement dans la même situation auront été traitées différemment. La cour de justice devra généralement décider plutôt si la situation de A diffère suffisamment de celle de B pour justifier un traitement différent. «Le refus d'enrôlement correspond-il qualitativement aux situations déjà examinées par la Commission?» Dès que la cour de justice doit trancher ce genre de questions, le juge jouera substantiellement le même rôle d'évaluation que celui que la loi a conféré à la Commission. [Je souligne.]

Le risque que les tribunaux supérieurs se transforment, par le biais d'un contrôle de l'incohérence, en de véritables juridictions d'appel est, à mes yeux, véritable. Loin d'être neutre, la notion de cohérence constitue un paramètre fuyant qui, malléable en fonction de la finalité recherchée, peut dénaturer l'essence même du contrôle judiciaire. L'arbitraire dont la sanction judiciaire se voudrait le remède peut, ainsi, en devenir la conséquence. Dans l'arrêt *Bibeault*, précité, le juge Beetz a critiqué, comme suit, l'utilisation de la théorie des conditions préalables comme moyen d'aborder le contrôle judiciaire (à la p. 1087):

La notion de condition préalable détourne les tribunaux du véritable problème du contrôle judiciaire: elle substitue la question «S'agit-il d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir du tribunal?» à la seule question qu'il faut se poser, «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?» [Je souligne.]

À mes yeux, s'interroger sur l'opportunité de trancher un conflit jurisprudentiel, c'est se détourner, de même, de la question première, soit celle de savoir qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée. Substituer son opinion à celle d'un tribunal administratif afin de dégager sa propre interprétation d'une disposition législative,

and special expertise. Since such intervention occurs in circumstances where the legislature has determined that the administrative tribunal is the one in the best position to rule on the disputed decision, it risks, at the same time, thwarting the original intention of the legislature. Any inquiry into decision-making inconsistency where there is no patently unreasonable error thus diverts courts of law from the fundamental question which the legislature has in any case already answered.

Moreover, limiting this type of review to serious and unquestionable jurisprudential conflicts would not, by itself, remove all difficulty. There are undoubtedly clear cases of inconsistency where the dictates of equality and consistency in the application of the law will have full effect. I am far from certain, however, that only those cases will come before the courts. The case at bar is a striking demonstration of this: is the fact that two bodies interpret the same legislative provision differently, but in the particular context of the jurisdiction of each, one in a penal and the other in an administrative matter, a "conflict in decisions"? What about an isolated decision conflicting with a consistent line of authority? Must a jurisprudential conflict "continue" before being brought to the attention of the courts? If so, how is the quantitative and temporal threshold to be determined? Professor Ouellette has voiced these concerns:

[TRANSLATION] Now we know at least that the concept of "serious or significant conflict of decisions" must be strictly interpreted, but it remains a source of confusion and difficult to apply. How many differing opinions or persons affected, assuming that they can be quantified, must there be to justify review on evocation of a decision not otherwise patently unreasonable?

(Yves Ouellette, "Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs: une jurisprudence inconstante" (1990), 50 *R. du B.* 753, at p. 757.)

c'est réduire à néant son autonomie décisionnelle et l'expertise qui lui est propre. Puisqu'une telle intervention surgit dans un contexte où le législateur a déterminé que le tribunal administratif est celui qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée, elle risque de contrecarrer, par la même occasion, son intention première. Toute enquête sur l'incohérence décisionnelle en l'absence d'erreur manifestement déraisonnable détourne donc les cours de justice de l'interrogation fondamentale à laquelle le législateur a, au surplus, déjà répondu.

D'autre part, le fait de limiter cette forme de contrôle aux cas de conflits jurisprudentiels graves et incontestables n'évacuerait pas, en soi, les difficultés. Il existe, certes, des cas d'incohérence clairs où les impératifs d'égalité et de cohérence dans l'application de la loi prennent tout leur sens. Cependant, je suis loin d'être certaine que seuls ces cas seront portés à l'attention des cours de justice. La présente affaire en constitue l'éclatante démonstration: le fait que deux organismes interprètent différemment un même texte législatif, mais dans le contexte particulier de la compétence de chacun, l'un en matière pénale, l'autre en matière administrative, constitue-t-il un «conflit jurisprudentiel»? Qu'en est-il d'une décision isolée à l'encontre d'une jurisprudence constante? Un conflit jurisprudentiel doit-il «perdurer» avant qu'il ne soit porté à l'attention des cours de justice? Dans l'affirmative, comment en fixer le seuil quantitatif et temporel? Le professeur Ouellette s'est fait l'écho de ces interrogations:

On sait au moins maintenant que le concept de «conflit jurisprudentiel grave ou sérieux» doit s'interpréter restrictivement, mais il demeure source de confusion et difficile d'application. Combien faut-il d'opinions divergentes ou combien faut-il de personnes affectées, à supposer que l'on puisse les quantifier, pour justifier la révision sur évocation d'une décision par ailleurs non manifestement déraisonnable?

(Yves Ouellette, «Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs: une jurisprudence inconstante?» (1990), 50 *R. du B.* 753, à la p. 757.)

The principle that decisions of administrative tribunals remain effective is accordingly decisive. While answers diametrically opposed according to the identity of the members of an administrative tribunal certainly would seem to be unacceptable, what is the position of the litigant in whose favour the same administrative tribunal has ruled but who sees this decision challenged (with all the costs, delays and so on involved), perhaps needlessly, on the ground of an alleged inconsistency? The first situation is relatively rare and can be resolved outside the judicial arena. The legislature is in that category. Similarly, the administrative body can play a role of primary importance. As Professor MacLauchlan noted, *supra*, at p. 437:

The proper response to administrative action which is ostensibly inconsistent but which falls short of traditional jurisdictional grounds of review is not judicial oversight, but the exertion of pressure in the political dynamic, of which the administrative decision-maker forms a vital element.

Similarly, it is important to note the internal mechanisms developed by administrative tribunals to ensure the consistency of their own decisions: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, and *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952. In *Tremblay*, Gonthier J. noted that "the objective of consistency responds to litigants' need for stability but also to the dictates of justice" (p. 968). In *Consolidated-Bathurst*, Gonthier J. spoke of the importance for an administrative tribunal to maintain a high level of quality and consistency in its decisions (at pp. 327-28):

It is obvious that coherence in administrative decision making must be fostered. The outcome of disputes should not depend on the identity of the persons sitting on the panel for this result would be [TRANSLATION] "difficult to reconcile with the notion of equality before the law, which is one of the main corollaries of the rule of law, and perhaps also the most intelligible one": Morissette, *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 R.D.U.S. 591, at p. 632. Given the large number of decisions rendered in

Le principe voulant que les décisions des tribunaux administratifs demeurent efficaces est, dès lors, déterminant. Si des réponses diamétralement opposées selon l'identité des membres d'un tribunal administratif paraît, certes, inacceptable, qu'en est-il du justiciable à qui le même tribunal administratif a donné raison, mais qui voit cette décision contestée (avec tous les frais, délais, etc. que cela comporte), de façon peut-être futile, au motif d'une incohérence présumée? La première situation est relativement rare et peut se régler à l'extérieur de l'arène judiciaire. Le législateur est de ceux-là. De même, l'organisme administratif peut jouer un rôle de tout premier ordre. Comme l'a noté le professeur MacLauchlan, *loc. cit.*, à la p. 437:

[TRANSLATION] La façon de réagir à une décision administrative manifestement incohérente, mais qui ne soulève pas de motifs traditionnels d'examen de la compétence n'est pas l'inaction judiciaire, mais plutôt l'exercice de pressions dans la sphère politique, dont le décideur administratif est un élément essentiel.

Dans le même esprit, il convient de souligner l'importance des mécanismes internes mis en œuvre par les tribunaux administratifs afin d'assurer la cohérence de leur propre jurisprudence: *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952. Dans l'affaire *Tremblay*, le juge Gonthier a ainsi souligné que «[l']objectif de cohérence répond à un besoin de sécurité des justiciables, mais également à un impératif de justice» (p. 968). Dans l'arrêt *Consolidated Bathurst*, le juge Gonthier a fait état de l'importance, pour un tribunal administratif, de maintenir un niveau élevé de qualité et de cohérence dans le cadre de ses décisions (aux pp. 327 et 328):

Il est évident qu'il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L'issue des litiges ne devrait pas dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait «difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible»: Morissette, *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 R.D.U.S. 591, à la p. 632. Vu le grand nombre de décisions rendues en matière de

the field of labour law, the Board is justified in taking appropriate measures to ensure that conflicting results are not inadvertently reached in similar cases. [Emphasis added.]

This Court has also recognized that the search for consistency is not an absolute one. Thus, in the foregoing case it was held that the members of an administrative tribunal were not bound by any *stare decisis* rule (p. 333). Similarly, as Gonthier J. pointed out in *Tremblay*, the consistency objective must be pursued in keeping with the decision-making autonomy and independence of members of the administrative body (at p. 971):

We have seen that the justification for institutionalizing decisions lies primarily in the need to ensure consistency in decisions rendered by administrative tribunals. Whether the latter make decisions with a high policy component or not, those decisions must be consistent with the requirements of justice. A consultation process by plenary meeting designed to promote adjudicative coherence may thus prove acceptable and even desirable for a body like the Commission, provided this process does not involve an interference with the freedom of decision makers to decide according to their consciences and opinions. [Emphasis added.]

Finally, in the same case, the Court noted that administrative tribunals could render contradictory decisions (at p. 974):

Ordinarily, precedent is developed by the actual decision makers over a series of decisions. The tribunal hearing a new question may thus render a number of contradictory judgments before a consensus naturally emerges. This of course is a longer process; but there is no indication that the legislature intended it to be otherwise. Bearing this in mind, I consider it is particularly important for the persons responsible for hearing a case to be the ones to decide it. [Emphasis added.]

Though they were part of a discussion centering on the rules of natural justice, these remarks indicate that certainty of the law and decision-making consistency are chiefly notable for their relativity. Like the rules of natural justice, these objectives cannot be absolute in nature regardless of the context. The value represented by the decision-making

droit du travail, la Commission est justifiée de prendre les mesures nécessaires pour éviter d'arriver, par inadvertance, à des solutions différentes dans des affaires semblables. [Je souligne.]

^a Notre Cour a également reconnu que la recherche de la cohérence n'avait pas un caractère absolu. Ainsi, dans l'arrêt précité, on a décidé que les membres d'un tribunal administratif n'étaient liés par aucune règle de *stare decisis* (p. 333). De même, comme l'a souligné le juge Gonthier dans l'arrêt *Tremblay*, l'objectif de cohérence doit se poursuivre dans le respect de l'autonomie et l'indépendance décisionnelle des membres de l'organisme administratif (à la p. 971):

^b Nous avons vu que la justification de l'institutionnalisation des décisions réside principalement dans l'impératif de cohérence des décisions rendues par les tribunaux administratifs. Que ceux-ci rendent des décisions à haut coefficient politique ou non, ces décisions doivent être compatibles par souci de justice. Le processus de consultation par réunion plénière visant à favoriser la cohérence de la jurisprudence pourrait donc s'avérer acceptable et même désirable pour un organisme comme la Commission, à condition que ce processus ne constitue pas une entrave à la liberté des décideurs de trancher selon leurs conscience et opinions. [Je souligne.]

^c Enfin, dans le même arrêt, la Cour a précisé que les tribunaux administratifs pouvaient rendre des décisions contradictoires (à la p. 974):

Normalement, l'élaboration d'un courant jurisprudentiel se fait par les décideurs effectifs suite à un ensemble de décisions. Le tribunal saisi d'une question nouvelle peut ainsi rendre un certain nombre de jugements contradictoires avant qu'un consensus ne se dégage naturellement. Il s'agit évidemment d'un processus plus long; rien n'indique cependant que le législateur ait voulu qu'il en soit ici autrement. Dans cette optique, je suis d'avis qu'il est particulièrement important que les personnes saisies d'une affaire soient celles qui décident. [Je souligne.]

^d Bien qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'un débat axé sur les principes de justice naturelle, ces remarques démontrent que la sécurité juridique et la cohérence décisionnelle se démarquent, avant tout, par leur relativité. Tout comme les principes de justice naturelle, ces objectifs ne sauraient avoir un caractère absolu, dénué de tout contexte. La

independence and autonomy of the members of administrative tribunals goes hand in hand here with the principle that their decisions should be effective. In light of these considerations we must conclude that, for purposes of judicial review, the principle of the rule of law must be qualified. This is consistent with the continuing evolution of administrative law itself. The process by which curial deference has progressively become established in courts of law was analyzed by Wilson J. in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, *supra* (at p. 1336):

Canadian courts have struggled over time to move away from the picture that Dicey painted toward a more sophisticated understanding of the role of administrative tribunals in the modern Canadian state. Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work. [Emphasis added.]

This process has led to the development of the patently unreasonable error test. If Canadian administrative law has been able to evolve to the point of recognizing that administrative tribunals have the authority to err within their area of expertise, I think that, by the same token, a lack of unanimity is the price to pay for the decision-making freedom and independence given to the members of these tribunals. Recognizing the existence of a conflict in decisions as an independent basis for judicial review would, in my opinion, constitute a

valeur que représente l'indépendance et l'autonomie décisionnelle des membres des tribunaux administratifs se conjugue, ici, au principe de l'efficacité de leurs décisions. Soupeser ces considérations, c'est constater que le principe de la primauté du droit doit, aux fins du contrôle judiciaire, être nuancé. Ceci participe à la dimension évolutive du droit administratif lui-même. Le processus par lequel la retenue judiciaire a progressivement trouvé droit de cité chez les cours de justice a été analysé par le juge Wilson dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, précité, à la p. 1336:

Les tribunaux judiciaires canadiens se sont efforcés au fil des ans de se détacher du point de vue de Dicey pour en arriver à une compréhension plus subtile du rôle des tribunaux administratifs dans l'État canadien moderne. C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme. [Je souligne.]

Ce processus a conduit à l'élaboration du critère de l'erreur manifestement déraisonnable. Si le droit administratif canadien a pu évoluer au point de reconnaître que les tribunaux administratifs ont la compétence de se tromper dans le cadre de leur expertise, je crois que l'absence d'unanimité est, de même, le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle accordées aux membres de ces mêmes tribunaux. Reconnaître l'existence d'un conflit jurisprudentiel comme motif autonome de contrôle judiciaire constituerait, à mes yeux, une

serious undermining of those principles. This appears to me to be especially true as the administrative tribunals, like the legislature, have the power to resolve such conflicts themselves. The solution required by conflicting decisions among administrative tribunals thus remains a policy choice which, in the final analysis, should not be made by the courts.

VI—Conclusion

For all these reasons, I would allow the appeal and dismiss the motion in evocation, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Trudel, Nadeau, Lesage, Clearly, Larivière & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Desjardins, Ducharme, Stein, Monast, Québec.

Solicitors for the mis en cause CALP: Levasseur, Delisle, Morel, Québec.

Solicitors for the mis en cause CSST: Chayer, Panneton, Lessard, Québec.

grave entorse à ces principes. Ceci m'apparaît d'autant plus vrai que les tribunaux administratifs, tout comme le législateur, ont le pouvoir de régler eux-mêmes ces conflits. La solution qu'appellent les conflits jurisprudentiels au sein de tribunaux administratifs demeure donc un choix politique qui ne saurait, en dernière analyse, être l'apanage des cours de justice.

^b VI—Conclusion

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la requête en évocation, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

^a *Procureurs de l'appellant: Trudel, Nadeau, Lesage, Clearly, Larivière & Associés, Montréal.*

Procureurs de l'intimée: Desjardins, Ducharme, Stein, Monast, Québec.

^e *Procureurs de la mise en cause CALP: Levasseur, Delisle, Morel, Québec.*

Procureurs de la mise en cause CSST: Chayer, Panneton, Lessard, Québec.

Douglas John Maccooh *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MACCOOH

File No.: 22747.

1993: February 26.*

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Police — Powers of arrest — Provincial offences — Peace officer entering private home without a warrant to arrest accused for a provincial offence — Common law traditionally recognizing hot pursuit exception to principle of sanctity of home — Whether exception should be extended to arrests for provincial offences — Whether entry by peace officer lawful.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Arbitrary detention — Peace officer entering private home without a warrant to arrest accused for a provincial offence — Accused's rights under ss. 7 and 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms not infringed.

A police officer observed the accused going through a stop sign and began to follow him with the emergency signals on the cruiser activated. The accused accelerated, drove through two more stop signs and then stopped at an apartment parking lot. The officer, who recognized him, saw the accused get out of his car and run toward the back door of an apartment. He yelled at him to stop running and come back, but the accused entered the apartment. The police officer called out through the door but received no answer. He identified himself as being a member of the RCMP and, still receiving no answer, entered the apartment. He found the accused in bed and told him he was under arrest for failure to stop for a police officer. The accused repeatedly refused to follow the officer. An altercation took place, during which the officer could observe the usual

* Reasons delivered June 30, 1993.

Douglas John Maccooh *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MACCOOH

N° du greffe: 22747.

^b 1993: 26 février.*

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

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

Droit criminel — Police — Pouvoirs d'arrestation — Infractions provinciales — Entrée sans mandat d'un agent de la paix dans une maison privée pour arrêter une personne accusée d'une infraction provinciale — La common law reconnaît traditionnellement l'exception de la prise en chasse au principe de l'inviolabilité du foyer — L'exception doit-elle être étendue aux arrestations pour infractions provinciales? — L'entrée de l'agent de la paix était-elle légale?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détention arbitraire — Entrée sans mandat d'un agent de la paix dans une maison privée pour arrêter une personne accusée d'une infraction provinciale — Il n'y a pas eu atteinte aux droits de l'accusé en vertu des art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés.

^g Un policier a vu l'accusé brûler un signal d'arrêt et a commencé à le suivre après avoir allumé les signaux d'urgence de l'auto-patrouille. L'accusé a alors accéléré, a brûlé deux autres signaux d'arrêt et s'est arrêté dans le stationnement d'un immeuble. Le policier a reconnu l'accusé et l'a vu sortir de la voiture et courir vers la porte arrière d'un appartement. Le policier lui a crié d'arrêter et de revenir, mais l'accusé est entré dans l'appartement. Le policier a alors appelé l'accusé dans l'appartement, mais n'a pas reçu de réponse. Il s'est identifié comme un membre de la GRC et, ne recevant toujours pas de réponse, il est entré dans l'appartement. Il a trouvé l'accusé au lit et il lui a dit qu'il était en état d'arrestation pour défaut d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de police. L'accusé a refusé plusieurs fois de suivre le policier. Il s'est produit une altercation pendant

* Motifs déposés le 30 juin 1993.

signs of impairment. The accused was arrested. He refused a demand for a breath sample and was charged with impaired driving, failing to stop for a peace officer, failing to submit to a breathalyser test and assaulting a peace officer with intent to resist arrest.

The trial judge held that the officer's entry into the dwelling house in hot pursuit of a person suspected of a breach of summary legislation contained in a provincial enactment, as opposed to an indictable offence, was unlawful, and that the arrest of the person within the premises was therefore also unlawful. The resisting arrest charge was accordingly dismissed. As the evidence crucial to the impaired driving and breathalyser charges was gathered during the unlawful arrest, the trial judge refused to admit it on the basis that the administration of justice would be brought into disrepute and the accused was acquitted on these charges as well. The summary conviction appeal judge upheld the acquittals. The Court of Appeal found that the right of arrest on private property was not limited to indictable offences and that the arrest was therefore lawful. It set aside the acquittals and entered convictions.

Held: The appeal should be dismissed.

It is well settled at common law that police officers have the power to enter private premises to make an arrest in hot pursuit. This exception to the principle of sanctity of the home can easily be justified. It would be unacceptable for police officers who were about to make a completely lawful arrest to be prevented from doing so merely because the offender had taken refuge in his home or that of a third party. From a more practical standpoint, significant danger may be associated with the flight of an offender and the pursuit that may result. Further, in a case of hot pursuit the police officer may have personal knowledge of the facts justifying the arrest, which greatly reduces the risk of error. Flight also usually indicates some awareness of guilt on the part of the offender. As well, it may often be difficult to identify the offender without arresting him on the spot. Evidence of the offence leading to the pursuit or a related offence may also be lost. Finally, the offender may again flee or continue to commit the offence and the police cannot be required to keep an indefinite

laquelle le policier a pu constater chez l'accusé les signes habituels d'intoxication. L'accusé a été arrêté. Il a refusé de fournir l'échantillon d'haleine demandé et il a été accusé de conduite en état d'ébriété, de refus d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de la paix, de refus de fournir un échantillon d'haleine et de voies de fait contre un agent de la paix avec intention de résister à une arrestation.

Le juge de première instance a conclu que l'entrée du policier dans la maison d'habitation dans le cadre de la prise en chasse d'une personne soupçonnée d'une infraction prévue par une loi provinciale, punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, par opposition à un acte criminel, était illégale, et que l'arrestation de la personne dans ces lieux était aussi illégale. Il a donc rejeté l'accusation d'avoir résisté à l'arrestation. Comme les éléments de preuve essentiels à l'établissement des infractions de conduite en état d'ébriété et de refus de fournir un échantillon d'haleine avaient été recueillis pendant l'arrestation illégale, le juge de première instance a refusé de les admettre au motif que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et l'accusé a également été acquitté relativement à ces accusations. Le juge d'appel en matière de poursuites sommaires a confirmé les acquittements. La Cour d'appel a statué que le droit d'arrêter une personne sur une propriété privée ne se limite pas aux actes criminels et que l'arrestation était en conséquence légale. Elle a annulé les acquittements et a inscrit des déclarations de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il est bien établi en common law que les policiers ont le pouvoir d'entrer dans des locaux privés pour procéder à une arrestation dans le cas d'une prise en chasse. Cette exception au principe de l'inviolabilité de la demeure se justifie aisément. Il serait inacceptable que des policiers s'appêtant à procéder à une arrestation tout à fait légitime en soient empêchés du seul fait que le contrevenant s'est réfugié dans sa demeure ou dans celle d'un tiers. D'un point de vue plus pratique, des dangers importants peuvent découler de la fuite du contrevenant et de la poursuite qui peut en résulter. Par ailleurs, le policier, dans le contexte d'une prise en chasse, peut avoir une connaissance personnelle des faits qui justifient l'arrestation, ce qui diminue grandement le risque d'erreur. La fuite indique habituellement une certaine conscience de culpabilité de la part du contrevenant. En outre, il peut souvent être difficile d'identifier le contrevenant sans l'arrêter sur le champ. La preuve de l'infraction ayant donné lieu à la prise en chasse ou celle d'une infraction connexe peut également être perdue. Enfin, le contreve-

watch on the offender's residence in case he should decide to come out. If an arrest without a warrant is permissible at the outset, the offender's flight into a dwelling house thus cannot make it unlawful.

A right of entry to make an arrest in hot pursuit exists at common law both for indictable offences and for other types of offence, and there are strong policy considerations against altering this rule. Unlike the division which existed at common law between felonies and misdemeanours, the division which currently exists in our law between indictable offences and other categories of offence only very imperfectly reflects the severity of the offence. Most importantly, there is no logical connection between the fact that an offence falls in one or other of these categories and the need there may be to make an arrest in hot pursuit in residential premises. Even where there is no arrest warrant, there is thus in a case of hot pursuit a right to enter residential premises to make an arrest both for provincial offences and for indictable offences, provided the circumstances justify an arrest without a warrant. The entry by the police was accordingly authorized in this case.

The accused's rights under ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have not been infringed. With respect to s. 9, the police had reasonable grounds to stop and detain the accused, and the detention was therefore not arbitrary. So far as s. 7 is concerned, even assuming that this provision implies protection of a right to privacy, there can be no question of such a right being infringed in this case. A person who enters his house or that of someone else to get away from the police who are pursuing him in connection with an offence he has just committed and for which there is a power of arrest without a warrant cannot expect his privacy to be protected in such circumstances so as to prevent the police from making an arrest.

Cases Cited

Considered: *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; **referred to:** *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Swales v. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115; *Miller v. Stew-*

nant pourra fuir à nouveau ou commettre l'infraction et l'on ne peut exiger des policiers qu'ils assurent indéfiniment la surveillance de la demeure du contrevenant au cas où ce dernier se déciderait à sortir. Dans la mesure où une arrestation sans mandat est permise au départ, la fuite du contrevenant dans une maison d'habitation ne peut pas la rendre illégale.

Il existe en vertu de la common law un droit d'entrer pour procéder à une arrestation, dans les cas de prise en chasse, tant pour les actes criminels que pour d'autres types d'infractions, et des considérations de principe s'opposent fortement à ce qu'on modifie cette règle. Contrairement à la séparation qui existait en common law entre les infractions majeures et les infractions mineures, la division qui existe actuellement dans notre droit entre les actes criminels et d'autres catégories d'infractions ne reflète que très imparfaitement la gravité des infractions. Il n'existe surtout aucun lien logique entre l'appartenance d'une infraction à l'une ou l'autre de ces catégories et la nécessité qu'il peut y avoir de procéder à une arrestation dans des locaux résidentiels dans le cas d'une prise en chasse. Même sans mandat d'arrestation, il existe donc, en cas de prise en chasse, un droit d'entrer dans des locaux résidentiels aux fins de procéder à une arrestation tant à l'égard d'infractions provinciales que d'actes criminels, pourvu que les circonstances justifient par ailleurs une arrestation sans mandat. L'entrée des policiers était donc autorisée en l'espèce.

Il n'y a pas eu atteinte aux droits de l'accusé en vertu des art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui a trait à l'art. 9, le policier avait des motifs raisonnables d'interpeller et de détenir l'accusé et la détention n'était donc pas arbitraire. En ce qui a trait à l'art. 7, à supposer même que cette disposition implique la protection d'un droit à la vie privée, il ne saurait être question d'une violation de ce droit en l'espèce. Une personne qui entre chez elle ou chez quelqu'un d'autre pour échapper à des policiers qui la poursuivent en raison d'une infraction qu'elle vient de commettre et à l'égard de laquelle il existe un pouvoir d'arrestation sans mandat, ne saurait s'attendre à ce que sa vie privée soit protégée dans ces circonstances de manière à empêcher les policiers de procéder à l'arrestation.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; **arrêts mentionnés:** *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Swales c. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115;

art., [1991] O.J. No. 2238 (Q.L.); *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9.
Constitution Act, 1867, s. 92(15).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450(1)(a).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 495(1)(a) [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 75].
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, ss. 119, 120.

Authors Cited

Foster, W. F., and Joseph E. Magnet. "The Law of Forcible Entry" (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 271.
Halsbury's Laws of England, vol. 10, 3rd ed. London: Butterworths, 1955.
 Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora: Canada Law Book, 1989.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 117 A.R. 312, 2 W.A.C. 312, reversing a decision of the Court of Queen's Bench affirming the accused's acquittal by Staples Prov. Ct. J. (1990), 114 A.R. 314, on charges of impaired driving, assaulting a peace officer with intent to resist arrest and failing to comply with a demand for a breath sample. Appeal dismissed.

R. Peter Newton, for the appellant.

Bart Rosborough, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—This appeal again raises the question of the territorial limits imposed on powers of arrest, this time in the context of a provincial offence. A peace officer entered a private home to arrest the appellant for an offence under a provin-

Miller c. Stewart, [1991] O.J. No. 2238 (Q.L.); *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387.

^a Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 495(1)a) [mod. par ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 75].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450(1)a).
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119, 120.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(15).

^c Doctrine citée

Foster, W. F., and Joseph E. Magnet. «The Law of Forcible Entry» (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 271.
Halsbury's Laws of England, vol. 10, 3rd ed. London: Butterworths, 1955.
 Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora: Canada Law Book, 1989.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 117 A.R. 312, 2 W.A.C. 312, qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine qui avait confirmé l'acquittement de l'accusé par le juge Staples de la Cour provinciale (1990), 114 A.R. 314, relativement à des accusations de conduite en état d'ébriété, de voies de fait contre un agent de la paix avec intention de résister à une arrestation et de refus de fournir un échantillon d'haleine. Pourvoi rejeté.

R. Peter Newton, pour l'appellant.

^h *Bart Rosborough*, pour l'intimée.

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi soulève de nouveau la question des limites territoriales imposées aux pouvoirs d'arrestation, cette fois dans le contexte d'une infraction provinciale. Un agent de la paix est entré dans une maison pri-

cial statute. The peace officer's authority to arrest the appellant without a warrant is not disputed here. The only question is whether the peace officer was authorized to enter a dwelling house in order to arrest the appellant.

Facts

At 3:45 a.m. on December 3, 1989, the appellant was observed by police going through a stop sign in the small town of Spirit River, Alberta. The police began to follow the appellant with the emergency signals on the cruiser activated. The appellant then accelerated and drove through two more stop signs. He stopped at an apartment parking lot, where he was followed by police. The police officer, who then recognized the appellant, saw him rapidly getting out of his car and running towards the back door of an apartment. The policeman stepped out of his car and screamed, "Doug Maccooh, stop running. Get back here. We'd like to speak to you." The appellant entered the apartment. The police officer went to the back door of the apartment and called Doug Maccooh inside the apartment. He received no answer. He identified himself as being a member of the RCMP and still receiving no answer, he entered the apartment. From the bedroom, the police officer heard a male voice whispering, "Tell him that I was here all night long with you". A woman answered, "No, Doug". The policeman proceeded into the bedroom and found the accused in bed with Miss Kimberley Pack. The appellant was told he was under arrest for failure to stop for a police officer. The appellant repeatedly refused to follow the officer and also refused to get dressed. As the police officer was forcing the appellant to get dressed, an altercation took place, during which the policeman could observe the usual signs of impairment. The appellant was arrested. A demand for a breath sample was made and was refused. The appellant was charged with impaired driving, failing to stop for a peace officer, failing to submit to a breathalyser test, and assaulting a peace officer.

vée afin d'arrêter l'appellant relativement à une infraction prévue dans une loi provinciale. Le pouvoir de l'agent de la paix d'arrêter l'appellant sans mandat n'est pas contesté en l'espèce. Il s'agit uniquement de savoir si l'agent de la paix était autorisé à pénétrer dans une maison d'habitation afin de procéder à l'arrestation de l'appellant.

b Les faits

À 3 h 45, le 3 décembre 1989, un policier a vu l'appellant brûler un signal d'arrêt dans la petite ville de Spirit River (Alberta). Le policier a commencé à suivre l'appellant après avoir allumé les signaux d'urgence de l'auto-patrouille. L'appellant a alors accéléré et a brûlé deux autres signaux d'arrêt. Il s'est ensuite arrêté dans le stationnement d'un immeuble où le policier l'a suivi. Le policier a alors reconnu l'appellant et l'a vu sortir rapidement de la voiture et courir vers la porte arrière d'un appartement. Le policier est sorti de sa voiture et a crié: [TRADUCTION] «Doug Maccooh, arrête de courir. Reviens ici. On veut te parler.» L'appellant est entré dans l'appartement. Le policier est allé à la porte arrière de l'appartement et a appelé Doug Maccooh dans l'appartement. Il n'a pas reçu de réponse. Il s'est identifié comme un membre de la GRC et, ne recevant toujours pas de réponse, il est entré dans l'appartement. Le policier a entendu un homme chuchoter dans la chambre: [TRADUCTION] «Dis-lui que j'ai passé la nuit avec toi». Une femme a répondu: [TRADUCTION] «Non, Doug». Le policier est ensuite entré dans la chambre et a trouvé l'accusé au lit avec M^{lle} Kimberley Pack. L'agent a dit à l'appellant qu'il était en état d'arrestation pour défaut d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de police. L'appellant a refusé à plusieurs reprises de suivre le policier et a aussi refusé de s'habiller. Quand le policier a forcé l'appellant à s'habiller, il s'est produit une altercation entre les deux, pendant laquelle le policier a pu constater chez l'appellant des signes d'intoxication. L'appellant a été arrêté. Il a refusé de fournir l'échantillon d'haleine demandé. L'appellant a été accusé de conduite en état d'ébriété, de refus d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de la paix, de refus de fournir un échantillon d'haleine et de voies de fait contre un agent de la paix.

Judgments*Provincial Court* (1990), 114 A.R. 314

The trial judge held, at p. 315:

I am satisfied that the constable had the right to arrest the accused in the circumstances of this case, pursuant to the provisions of s. 495 of the *Criminal Code*. The issue, however, is whether he had the right to enter the dwelling house in question, uninvited, for the purpose of effecting the arrest for a breach of a provincial statute.

He then turned to a consideration of *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, and held that the police constable's entry "into the dwelling house in hot pursuit of a person suspected of a breach of summary legislation contained in a provincial enactment, as opposed to an indictable offence, was unlawful, and that the arrest of the person within the premises was therefore also unlawful" (p. 316). Thus, the resisting arrest charge was dismissed. As the evidence crucial to the drinking and driving related charges was gathered during the unlawful arrest, the trial judge refused to admit it on the basis that the administration of justice would be brought into disrepute.

Court of Queen's Bench

The summary conviction appeal judge agreed with the trial judge's interpretation of the effect of *Landry*, and dismissed the appeal.

Court of Appeal (1991), 117 A.R. 312

Irving J.A. for the court held that the lower court judges had erred, at p. 313:

The *Landry* case does not limit the right of arrest on private property to indictable offences as the courts below seem to have concluded. Indeed, the arresting constable in this case fully satisfied the requirements of the *Landry* and the *Eccles* cases in effecting the arrest of the [appellant]. Counsel for the [appellant] very fairly conceded that the acquittals of his client would have to

Les juridictions inférieures*La Cour provinciale* (1990), 114 A.R. 314

a Le juge de première instance a conclu, à la p. 315:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que l'agent avait le droit d'arrêter l'accusé dans les circonstances de l'espèce, conformément à l'art. 495 du *Code criminel*. Toutefois, la question est de savoir s'il avait le droit d'entrer dans la maison d'habitation, sans y être invité, pour y effectuer une arrestation relativement à la violation d'une loi provinciale.

c Il a ensuite examiné l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, et a statué que l'entrée du policier [TRADUCTION] «dans la maison d'habitation dans le cadre de la prise en chasse d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire contenue dans une loi provinciale, par opposition à un acte criminel, était illégale, et que l'arrestation de la personne dans ces lieux était aussi illégale» (p. 316). Il a donc rejeté l'accusation d'avoir résisté à l'arrestation. Comme les éléments de preuve essentiels à l'établissement des infractions de conduite en état d'ébriété avaient été recueillis pendant l'arrestation illégale, le juge de première instance a refusé de les admettre au motif que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour du Banc de la Reine

g Le juge d'appel en matière de poursuites sommaires a accepté l'interprétation du juge de première instance quant à l'incidence de l'arrêt *Landry* et a rejeté l'appel.

La Cour d'appel (1991), 117 A.R. 312

h Le juge Irving au nom de la Cour a statué que les juridictions inférieures avaient fait erreur à la p. 313:

i [TRADUCTION] Contrairement à ce que semblent avoir conclu les instances inférieures, l'arrêt *Landry* ne limite pas aux actes criminels le droit d'arrêter une personne sur une propriété privée. En l'espèce, le policier satisfaisait pleinement aux exigences formulées dans les arrêts *Landry* et *Eccles* lorsqu'il a procédé à l'arrestation de l'[appellant]. L'avocat de l'[appellant] a honnêtement

be set aside and convictions entered if we have found the arrest lawful as we do.

Relevant Statutory Provisions

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

495. (1) A peace officer may arrest without warrant

(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;

(b) a person whom he finds committing a criminal offence; or

(c) a person in respect of whom he has reasonable grounds to believe that a warrant of arrest or committal, in any form set out in Part XXVIII in relation thereto, is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

(2) A peace officer shall not arrest a person without warrant for

(a) an indictable offence mentioned in section 553,

(b) an offence for which the person may be prosecuted by indictment or for which he is punishable on summary conviction, or

(c) an offence punishable on summary conviction,

in any case where

(d) he believes on reasonable grounds that the public interest, having regard to all the circumstances including the need to

(i) establish the identity of the person,

(ii) secure or preserve evidence of or relating to the offence, or

(iii) prevent the continuation or repetition of the offence or the commission of another offence,

may be satisfied without so arresting the person, and

(e) he has no reasonable grounds to believe that, if he does not so arrest the person, the person will fail to attend court in order to be dealt with according to law.

admis que l'acquittement de son client devrait être annulé et que celui-ci devrait être déclaré coupable si nous étions d'avis, et nous le sommes, que l'arrestation était légale.

^a Les dispositions législatives pertinentes

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

495. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat:

^b a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;

^c b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle;

^d c) une personne contre laquelle, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, un mandat d'arrestation ou un mandat de dépôt, rédigé selon une formule relative aux mandats et reproduit à la partie XXVIII, est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

^e (2) Un agent de la paix ne peut arrêter une personne sans mandat:

a) soit pour un acte criminel mentionné à l'article 553;

^f b) soit pour une infraction pour laquelle la personne peut être poursuivie sur acte d'accusation ou punie sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire;

c) soit pour une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

^g dans aucun cas où:

d) d'une part, il a des motifs raisonnables de croire que l'intérêt public, eu égard aux circonstances y compris la nécessité:

^h (i) d'identifier la personne,

(ii) de recueillir ou conserver une preuve de l'infraction ou une preuve y relative,

(iii) d'empêcher que l'infraction se poursuive ou se répète, ou qu'une autre infraction soit commise,

peut être sauvegardé sans arrêter la personne sans mandat;

^j e) d'autre part, il n'a aucun motif raisonnable de croire que, s'il n'arrête pas la personne sans mandat, celle-ci omettra d'être présente au tribunal pour être traitée selon la loi.

Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7

119 A driver shall, immediately on being signalled or requested to stop by a peace officer in uniform, bring his vehicle to a stop and furnish any information respecting the driver or the vehicle that the peace officer requires and shall not start his vehicle until he is permitted to do so by the peace officer.

120 A peace officer who on reasonable and probable grounds believes that any person has committed an offence against any of the following provisions may arrest the person without warrant:

(b) section 119 relating to the requirement that drivers stop when so requested by a peace officer in uniform;

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.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

Analysis(a) *Introduction*(i) *Eccles and Landry*

This appeal again raises the question of the spatial limits imposed on powers of arrest, this time in the context of a provincial offence. Two judgments of this Court are particularly relevant to this question, namely *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, and *R. v. Landry, supra*.

In *Eccles v. Bourque*, an action for damages for trespass was brought by the appellant against three police officers who entered his apartment to apprehend a person against whom there were outstanding warrants issued in another jurisdiction. This Court had to decide whether or not the police were authorized by law to commit a trespass in such circumstances. Dickson J. (as he then was) first noted

Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7

[TRADUCTION] 119 À la suite d'une demande ou de signaux en ce sens de la part d'un agent de la paix en uniforme, le conducteur immobilise immédiatement son véhicule et fournit tous les renseignements que demande l'agent de la paix au sujet du conducteur ou du véhicule et ne doit pas démarrer son véhicule avant que l'agent de la paix ne l'ait autorisé à le faire.

120 Un agent de la paix peut arrêter sans mandat une personne qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis une infraction en contravention de l'une des dispositions suivantes:

b) l'article 119 qui exige d'un conducteur qu'il immobilise son véhicule sur demande d'un agent de la paix en uniforme;

a *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.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Analyse*a)* *Introduction**(i)* *Les arrêts Eccles et Landry*

Ce pourvoi soulève donc à nouveau la question des limites territoriales des pouvoirs d'arrestation, cette fois dans le contexte d'une infraction provinciale. Deux arrêts de notre Cour sont particulièrement pertinents à cet égard: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739 et *R. c. Landry*, précité.

L'arrêt *Eccles c. Bourque* concernait une poursuite en dommages-intérêts pour intrusion illicite intentée par l'appelant contre trois policiers qui étaient entrés dans son appartement afin d'arrêter une personne qui était l'objet de mandats délivrés dans un autre ressort. Notre Cour devait décider si, dans de telles circonstances, les policiers étaient autorisés en droit à entrer dans des locaux privés.

that there was nothing on the subject in the *Criminal Code* and accordingly concluded that if such authorization existed, it had to be found in the common law. Examining the common law, and in particular *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, Dickson J. concluded that, though fundamental, the principle of sanctity of the home set forth in that decision had always been subject to certain exceptions, including the right to enter to make an arrest. He stated, at p. 743:

... there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends. So it is that in *Semayne's Case* a limitation was put on the "castle" concept and the Court resolved that:

In all cases when the King is party, the Sheriff (if the doors be not open) may break the party's house, either to arrest him, or to do other execution of the K.'s process, if otherwise he cannot enter. But before he breaks it, he ought to signify the cause of his coming, and to make request to open doors ...

See also, a century later, to the same effect, Hale, *Pleas of the Crown* (1736), 582; Foster, *Crown Law* (1762), 320. Thus it will be seen that the broad basic principle of sanctity of the home is subject to the exception that upon proper demand the officials of the King may break down doors to arrest.

Dickson J. noted, however, at p. 744, that this was not an unrestricted right to enter, as the right was subject to certain conditions:

Entry can be made against the will of the householder only if (a) there are reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises and (b) proper announcement is made prior to entry.

In *R. v. Landry*, this Court had to decide whether the power to enter private premises also existed in connection with an arrest without a warrant under s. 450(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 495(1)(a)). That paragraph provides for a power to make an arrest without a warrant in the case of an indictable offence. Dickson C.J.

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) constate d'abord qu'il n'y a rien à ce sujet dans le *Code criminel* et conclut donc que si une telle autorisation existe, elle doit se trouver dans la common law. Examinant la common law, et en particulier l'arrêt *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, le juge Dickson conclut que le principe pourtant fondamental de l'inviolabilité de la demeure, énoncé dans cette décision, a toujours été soumis à certaines exceptions, dont le droit d'entrer afin de procéder à une arrestation. Il affirme à la p. 743:

... il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis. C'est ainsi que dans l'arrêt *Semayne* on a imposé une restriction au concept du «château», la Cour décidant que:

[TRADUCTION] Dans toutes les affaires où le Roi est partie, le shérif (si les portes ne sont pas ouvertes) peut s'introduire par bris dans la maison de la partie, soit pour l'arrêter, soit pour autrement exécuter l'acte judiciaire du R., si autrement il ne peut pas entrer. Mais avant qu'il ne pénètre par bris dans la maison, il doit signifier le motif de sa venue, et faire une demande qu'on ouvre les portes ...

Voir également, un siècle plus tard, au même effet, Hale, *Pleas of the Crown* (1736) 582; Foster, *Crown Law* (1762) 320. On verra donc que le large principe de base excipant du caractère sacré du foyer est sujet à l'exception que lorsque demande régulière est faite les agents du Roi peuvent briser les portes pour faire l'arrestation.

Le juge Dickson souligne toutefois, à la p. 744, qu'il ne s'agit pas d'un droit illimité car le droit d'entrer est soumis à certaines conditions:

On ne peut entrer contre la volonté du tenancier de maison que si a) il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est sur les lieux et b) une annonce régulière est faite avant d'entrer.

Dans l'arrêt *R. c. Landry*, notre Cour devait décider si le pouvoir d'entrer dans des locaux privés existait aussi dans le contexte d'une arrestation sans mandat en vertu de l'al. 450(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 495(1)a)). Cet alinéa prévoit le pouvoir de procéder à une arrestation sans mandat dans le cas

(Chouinard, Lamer and Wilson JJ. concurring) first noted that as the authority to enter is not provided for in the *Criminal Code*, it had to be found in the common law. Examining the common law, he held that neither *Semayne's Case* nor *Eccles v. Bourque* indicated that the power to enter by force to make an arrest had to be limited to cases where a warrant had been issued. He added that there were policy reasons for not imposing on the police the requirement that they obtain a warrant to make an arrest in residential premises. He stated, at pp. 160-61:

There is, moreover, good reason to stand by these authorities in lieu of adopting a new rule requiring the police to obtain an arrest warrant in order to make an arrest in residential premises. Crime is often committed adjacent to residential premises. When a police officer witnesses a crime or appears on the scene shortly thereafter, his ability to apprehend the offender should not be capable of being foiled by an offender ducking into a nearby house or apartment building. Our society is more urban, more mobile, and more anonymous than ever before. If a police officer is forced to obtain an arrest warrant before entering a residence, he will have to attempt to obtain the name of the offender from the neighbours. In many cases the offender may have slipped into someone else's dwelling and the neighbours will be unable to supply this information. In other cases the offender may indeed have taken refuge in his own dwelling, but the neighbours may not know him. Even if the police officer is fortunate enough to obtain the offender's name, he will have to seek a justice of the peace to execute an arrest warrant. Valuable time—and probably the offender—will be lost because, when the police officer finally returns with his warrant, the offender will have sought refuge elsewhere.

Dickson C.J. therefore concluded that a right to enter existed in the context of an arrest without a warrant under s. 450(1)(a) (now 495(1)(a)) of the *Criminal Code* provided the criteria of that paragraph and the standards set out in *Eccles v. Bourque* are met. He stated, at pp. 164-65:

The proper questions to be asked are:

1. Is the offence in question indictable?

d'un acte criminel. Le juge en chef Dickson (avec l'appui des juges Chouinard, Lamer et Wilson) rappelle d'abord que l'autorisation d'entrer, n'étant pas prévue au *Code criminel*, doit se trouver dans la common law. Examinant la common law, il conclut que ni l'arrêt *Semayne* ni l'arrêt *Eccles c. Bourque* n'indiquent que le pouvoir d'entrer par la force pour procéder à une arrestation doit être limité aux cas où un mandat a été délivré. Il ajoute qu'il y a des raisons de principe pour ne pas imposer aux policiers l'obligation d'obtenir un mandat pour effectuer une arrestation dans des locaux résidentiels. Il dit aux pp. 160 et 161:

Il y a, en outre, une bonne raison de s'en tenir à cette jurisprudence au lieu d'adopter une nouvelle règle qui impose à la police d'obtenir un mandat d'arrestation pour effectuer une arrestation dans des locaux résidentiels. Les crimes sont souvent commis à proximité de locaux résidentiels. Lorsqu'un policier est témoin d'un crime ou arrive sur les lieux peu après, la possibilité qu'il arrête le contrevenant ne devrait pas pouvoir être déjouée du fait que le contrevenant s'est caché dans une maison ou un immeuble d'appartements voisin. Notre société est plus urbanisée, plus mobile et plus anonyme que jamais. Si un policier est obligé d'obtenir un mandat d'arrestation avant de pénétrer dans une résidence, il devra essayer d'obtenir le nom du contrevenant des voisins. Le plus souvent, le contrevenant se sera glissé chez quelqu'un et les voisins seront incapables de fournir ce renseignement. Dans d'autres cas, le contrevenant aura effectivement cherché refuge chez-lui, mais les voisins peuvent ne pas le connaître. Même si le policier a la chance d'obtenir le nom du contrevenant, il faudra qu'il trouve un juge de paix pour signer le mandat d'arrestation. Un temps précieux—et probablement le contrevenant—seront perdus parce que, lorsque le policier reviendra finalement avec son mandat, le contrevenant aura trouvé refuge ailleurs.

Le juge en chef Dickson conclut donc qu'un droit d'entrer existe dans le contexte d'une arrestation sans mandat en vertu de l'al. 450(1)a) (maintenant l'al. 495(1)a)) du *Code criminel* à la condition que les critères de cet alinéa ainsi que les normes énoncées dans l'arrêt *Eccles c. Bourque* soient satisfaits. Il dit aux pp. 164 et 165:

Les questions à poser sont les suivantes:

1. S'agit-il d'un acte criminel?

- | | |
|--|---|
| 2. Has the person who is the subject of arrest committed the offence in question or does the peace officer, on reasonable and probable grounds, believe he or she has committed or is about to commit the offence in question? | 2. La personne arrêtée a-t-elle commis l'infraction en question ou l'agent de la paix a-t-il des motifs raisonnables et probables de croire que cette personne a commis ou est sur le point de commettre ladite infraction? |
| 3. Are there reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises? | 3. Y a-t-il des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux? |
| 4. Was proper announcement made before entry? | 4. Un avis régulier a-t-il été donné avant d'entrer? |

An affirmative answer to all of these questions will mean that the arrest is lawful.

Si la réponse à chacune de ces questions est affirmative, l'arrestation est légale.

(ii) Issue Raised by this Appeal

(ii) La question soulevée par le présent pourvoi

In the present appeal the appellant did not dispute the peace officer's authority to make an arrest without a warrant. He argued, however, that the principles set out in *Landry* applied exclusively to arrests without a warrant for an indictable offence and should accordingly not apply to provincial offences. He therefore argued there was no power to enter in the case of an arrest without a warrant for a provincial offence.

En l'espèce, l'appelant ne conteste pas le pouvoir de l'agent de la paix de procéder à une arrestation sans mandat. Il prétend toutefois que les principes énoncés dans l'arrêt *Landry* visent exclusivement les arrestations sans mandat relatives à un acte criminel et ne devraient donc pas s'appliquer aux infractions provinciales. Il soutient donc qu'il n'existe pas de pouvoir d'entrer dans le cas d'une arrestation sans mandat relative à une infraction provinciale.

In my opinion, that is not exactly the issue here. Although the lower courts decided this case on the basis of the applicability of *Landry* to a provincial offence, the question this Court has to decide is actually more narrow. It was admitted that the entry of the police officers into Miss Pack's residence took place here in hot pursuit, which is an exception traditionally recognized by the common law to the principle of the sanctity of the home, and this is therefore a case where there is at common law a right to enter to make an arrest without a warrant. This Court must therefore only decide whether there is any basis for extending the hot pursuit exception to arrests for provincial offences. Before moving on to consider this question, however, it is worth making a few remarks of a more general nature on the concept of hot pursuit.

À mon avis, la question ne se présente pas tout à fait ainsi. Bien que les juridictions inférieures aient tranché l'affaire sur la base de l'applicabilité de l'arrêt *Landry* à une infraction provinciale, la question posée à notre Cour est en réalité plus étroite. Il est admis en effet que l'entrée des policiers dans la demeure de M^{lle} Pack a eu lieu dans le contexte d'une prise en chasse, qui est une exception traditionnellement reconnue par la common law au principe de l'inviolabilité de la demeure, et par conséquent un cas où il existe, en vertu de la common law, un droit d'entrer aux fins d'une arrestation sans mandat. Notre Cour doit donc déterminer uniquement s'il y a lieu d'étendre l'exception que constitue la prise en chasse aux arrestations relatives à des infractions provinciales. Toutefois, avant de passer à cette question, il y a lieu de faire quelques commentaires de nature plus générale sur le concept de prise en chasse.

(b) *Hot pursuit*(i) Right to Enter in Hot Pursuit: the Common Law

It is well settled at common law that police officers have the power to enter private premises to make an arrest in hot pursuit. This exception is mentioned in *Halsbury's Laws of England*, vol. 10, 3rd ed., at p. 354:

If a felony has been committed and the felon is followed to a house, and there is no other means of entering, any person may, it seems, break open the door of the house, to arrest the offender. This may also be done if a felony will probably be committed unless some person interferes to prevent it.

If an affray occurs in the presence of a constable, and the offenders run away and are immediately pursued by the constable and they enter a house, then the doors may be broken open by the constable to apprehend them in the course of the immediate pursuit.

Before doors are broken open to effect an arrest, due notice must be given and admission be demanded and refused.

The right of police officers to enter private premises in hot pursuit is also confirmed by Donaldson L.J.'s statement of the common law on these matters in *Swales v. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115 (Q.B. Div.), at p. 1118:

... there was power of entry into premises at common law and, if necessary, power to break doors to do so in four cases, but in four cases only, that is to say by a constable or a citizen in order to prevent murder, by a constable or a citizen if a felony had in fact been committed and the felon had been followed to a house, by a constable or a citizen if a felony was about to be committed, and would be committed, unless prevented, and by a constable following an offender running away from an affray. [Emphasis added.]

b) *La prise en chasse*i) Le droit d'entrer en cas de prise en chasse: la common law

Il est bien établi en common law que les policiers ont le pouvoir d'entrer dans des locaux privés afin de procéder à une arrestation dans le cas d'une prise en chasse. Cette exception est mentionnée dans *Halsbury's Laws of England*, vol. 10, 3^e éd., à la p. 354:

[TRADUCTION] Lorsqu'un crime a été commis, que le contrevenant est suivi dans une habitation et qu'il n'existe aucun autre moyen d'entrer, toute personne peut, semble-t-il, forcer la porte de l'habitation pour arrêter le contrevenant. Cela est également possible dans le cas où un crime sera probablement commis à moins qu'une personne n'intervienne pour en empêcher la pénétration.

Lorsqu'une rixe se produit en présence d'un agent de police, que les contrevenants s'enfuient et sont immédiatement poursuivis par l'agent, mais entrent dans une habitation, l'agent peut en forcer les portes pour les arrêter dans le cadre de la poursuite immédiate.

Avant de forcer les portes aux fins d'une arrestation, un préavis doit être donné et la permission d'entrer doit avoir été demandée et refusée.

Le droit des policiers d'entrer dans des locaux privés en cas de prise en chasse est également confirmé par l'exposé que fait lord Donaldson de la common law sur ces questions dans l'arrêt *Swales c. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115 (Q.B. Div.), à la p. 1118:

[TRADUCTION] ... il existait, en common law, un pouvoir de pénétrer dans des lieux et, si nécessaire, un pouvoir de forcer les portes pour le faire dans quatre cas, mais dans quatre cas seulement: ce pouvoir appartenait à un agent de police ou à un citoyen ordinaire dans le but d'empêcher un meurtre, à un agent de police ou à un citoyen ordinaire si un acte criminel avait été commis et que le criminel était poursuivi jusqu'à une habitation, à un agent de police ou à un citoyen ordinaire si un acte criminel était sur le point d'être commis et le serait à moins d'être empêché, et à un agent de police qui poursuivait un contrevenant en fuite après une rixe. [Je souligne.]

This Court referred to the right to enter in hot pursuit in the two judgments dealing with the territorial limits imposed on powers of arrest. In *Eccles v. Bourque*, Dickson J. suggested, at p. 747, that the requirement of a warning might not apply in a hot pursuit situation:

... it is recognized there will be occasions on which, for example, to save someone within the premises from death or injury or to prevent destruction of evidence or if in hot pursuit notice may not be required. [Emphasis added.]

This passage was cited with approval by Dickson C.J. in *R. v. Landry* (at p. 157). I note that the point raised by Dickson J. in this passage does not have to be decided in the present appeal, since the pursuit which took place here did not prevent the police officer from giving notice of his intention to enter.

La Forest J., dissenting in *Landry*, also—and more explicitly—recognized the exception to the principle of sanctity of the home for cases of hot pursuit. His reasons contain several references to this exception. Thus, he states (at p. 168) that the discussion of the limitations on the principle of sanctity of the home by the judges in *Semayne's Case* “makes clear that an arrest could be made by breaking into a house if the arrestor was armed with a warrant, or again if he was in hot pursuit of an offender” (emphasis added). Commenting on *Eccles v. Bourque*, La Forest J. also noted the fact that the person sought in that case was a fugitive. He said (at p. 176): “Fugitives from justice are frequently treated differently from other offenders. The most obvious example is arrest on hot pursuit” (emphasis added). Finally, La Forest J. summarizes the common law on the power of the police to enter as follows, at p. 179:

As has been seen the common law sets a high value on the security and privacy of the home. The situations where it permitted entry by police without the consent of the owner or occupier were all demonstrably compel-

Notre Cour a mentionné le droit d'entrer en cas de prise en chasse dans les deux arrêts consacrés aux limites territoriales imposées aux pouvoirs d'arrestation. Dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, le juge Dickson suggère que l'exigence d'un avertissement pourrait ne pas s'appliquer en cas de prise en chasse, à la p. 747:

... il est reconnu qu'il y aura des occasions où, par exemple, afin de sauver de la mort ou de blessures quelqu'un qui se trouve sur les lieux ou d'empêcher la destruction d'une preuve, ou en cours de poursuite immédiate (*hot pursuit*), l'avis puisse ne pas être requis. [Je souligne.]

Ce passage est cité et approuvé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Landry* (à la p. 157). Je note que la question soulevée par le juge Dickson dans ce passage ne se pose pas dans le cadre du présent pourvoi, puisque la poursuite en cause n'a pas empêché le policier de donner avis de son intention d'entrer.

Le juge La Forest, qui était dissident dans l'affaire *Landry*, reconnaissait également—et de façon plus explicite—l'exception au principe de l'inviolabilité du domicile applicable en cas de prise en chasse. Il mentionne plusieurs fois cette exception dans ses motifs. Ainsi, il affirme (à la p. 168) que l'analyse des restrictions au principe de l'inviolabilité de la demeure effectuée par les juges de l'arrêt *Semayne* «indique clairement qu'il était possible de procéder à une arrestation en pénétrant de force dans une maison si celui qui y procédait était muni d'un mandat ou encore s'il avait pris le contrevenant en chasse» (je souligne). Commentant l'arrêt *Eccles c. Bourque*, le juge La Forest souligne également que la personne recherchée dans cette affaire était un fugitif. Il affirme (à la p. 176): «Les personnes qui fuient la justice sont souvent traitées différemment des autres contrevenants. L'exemple le plus patent est l'arrestation du fugitif alors qu'on l'a pris en chasse» (je souligne). Enfin, le juge La Forest résume dans les termes suivants le droit en common law concernant le pouvoir des policiers d'entrer dans des locaux privés, à la p. 179:

Comme nous l'avons vu, la *common law* attache un grand prix à la sécurité et au caractère privé du foyer. Les situations où elle autorisait l'entrée de policiers sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant étaient

ling. For example, entry to prevent murder is obviously justified. So too is entry on hot pursuit. Apart from the obvious practicality of that approach, in the case of hot pursuit the police officer is himself cognizant of the facts justifying entry; he acts on the basis of personal knowledge. Obviously, too, entry on the basis of a warrant is essential to a properly functioning system of criminal justice. The state must in the end have power to prevent criminals from eluding justice by retreating to a private home. [Emphasis added.]

It can therefore be said that at common law the police had a power to enter in hot pursuit, and that this power also exists in our law. This exception to the principle of sanctity of the home can easily be justified.

(ii) Right to Enter in Hot Pursuit: Justifications

To begin with, it would be unacceptable for police officers who were about to make a completely lawful arrest to be prevented from doing so merely because the offender had taken refuge in his home or that of a third party. In *Eccles v. Bourque*, *supra*, Dickson J. said that “[t]he criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends” (p. 743). He added: “I know of no place that gives a criminal fugitive sanctuary from arrest” (p. 744). These concerns are nowhere as relevant as in the case of hot pursuit. The offender is then not being bothered by the police unexpectedly while in domestic tranquility. He has gone to his home while fleeing solely to escape arrest. In such circumstances, the police could not be obliged to end the pursuit on the offender’s doorstep, without making his residence a real sanctuary, contrary to the principles stated by this Court in *Eccles*. The flight of the offender, an act contrary to public order, also should not be thus rewarded.

From a more practical standpoint, it is not desirable for offenders to be encouraged to seek refuge

toutes des cas où il était évident que l’entrée s’imposait. Par exemple, l’entrée pour prévenir un meurtre est manifestement justifiée. De même l’entrée alors qu’on a pris le fugitif en chasse. Outre la nature manifestement pratique de cette façon d’aborder la question lorsque l’agent de police a pris quelqu’un en chasse, il a lui-même connaissance des faits qui justifient l’entrée; il agit en vertu d’une connaissance personnelle. Manifestement aussi, l’entrée en vertu d’un mandat est essentielle au bon fonctionnement du système de justice pénale. L’État doit, en fin de compte, avoir la possibilité d’empêcher les criminels de se soustraire à la justice en cherchant refuge dans une maison privée. [Je souligne]

Il est donc permis d’affirmer qu’il existe, en common law, un pouvoir d’entrer des policiers en cas de prise en chasse, et que ce pouvoir existe également dans notre droit. Cette exception au principe de l’inviolabilité de la demeure se justifie d’ailleurs aisément.

(ii) Le droit d’entrer en cas de prise en chasse: justification

Il serait en premier lieu inacceptable que des policiers s’apprêtant à procéder à une arrestation tout à fait légitime en soient empêchés du seul fait que le contrevenant s’est réfugié dans sa demeure ou dans celle d’un tiers. Dans l’arrêt *Eccles c. Bourque*, précité, le juge Dickson affirmait que «[l]e criminel n’est pas à l’abri d’une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d’un de ses amis» (p. 743). Il ajoutait: «Je ne connais aucun endroit qui donne à un criminel fugitif un sanctuaire vis-à-vis d’une arrestation» (p. 744). Ces préoccupations ne sont nulle part aussi pertinentes que dans le cas d’une prise en chasse. Dans ce cas, le contrevenant n’est pas importuné à l’improviste par les policiers dans la tranquillité de sa vie privée. Il a gagné son domicile, après avoir pris la fuite, dans le seul but d’échapper à une arrestation. Dans de telles circonstances, on ne peut forcer les policiers à mettre fin à la poursuite au seuil de la demeure du contrevenant, sans faire de cette demeure un véritable sanctuaire, contrairement aux principes énoncés par notre Cour dans l’arrêt *Eccles*. On ne peut admettre non plus que la fuite du contrevenant—un acte contraire à l’ordre public—soit ainsi récompensée.

D’un point de vue plus pratique, il n’est pas souhaitable d’encourager les contrevenants à chercher

in their homes or those of third parties. Significant danger may be associated with such flight and the pursuit that may result. Thus, in the present case the appellant by his flight unnecessarily threatened the safety of those who might have been in his way.

Other reasons may be cited in support of an exception in hot pursuit cases to the principle of sanctity of the home. As La Forest J. pointed out in *Landry*, in a case of hot pursuit the police officer may have personal knowledge of the facts justifying the arrest, which greatly reduces the risk of error. Flight also usually indicates some awareness of guilt on the part of the offender. Then too, it may often be difficult, even if that was not the case here, to identify the offender without arresting him on the spot. And evidence of the offence leading to the pursuit or a related offence may be lost; in the present case, for example, when the accused was apprehended, it was found that there was evidence of impairment. Finally, the offender may again flee or continue to commit the offence and the police cannot be required to keep an indefinite watch on the offender's residence in case he should decide to come out.

In short, the basis for this exception is common sense, which is opposed to the offender being able to escape arrest by fleeing into his home or that of a third party. This is why if an arrest without a warrant is permissible at the outset, the offender's flight into a dwelling house cannot make it unlawful. The entry of the police in hot pursuit is then perfectly justified.

(iii) Hot Pursuit: Definition

This Court, which has several times referred to this exception to the principle of sanctity of the home, has never had occasion to define hot pursuit. In *Miller v. Stewart*, [1991] O.J. No. 2238 (Q.L.), Chadwick J. of the Ontario Court (General Division) noted in this regard, at p. 25:

refuge chez eux ou chez un tiers. Des dangers importants peuvent être associés à de telles fuites, et aux poursuites qui peuvent en résulter. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, l'appelant, par sa fuite, a mis inutilement en péril la sécurité de ceux qui auraient pu se trouver sur son chemin.

D'autres motifs peuvent être invoqués au soutien d'une exception au principe de l'inviolabilité de la demeure en cas de prise en chasse. Comme le fait valoir le juge La Forest dans l'arrêt *Landry*, le policier, dans le contexte d'une prise en chasse, peut avoir une connaissance personnelle des faits qui justifient l'arrestation; cela diminue grandement les risques d'erreur. La fuite indique habituellement une certaine conscience de culpabilité de la part du contrevenant. En outre, il peut souvent être difficile, même si ce n'était pas le cas en l'espèce, d'identifier le contrevenant sans l'arrêter sur le champ. La preuve de l'infraction qui a donné lieu à la poursuite ou d'une infraction connexe peut être perdue; en l'espèce, par exemple, quand l'accusé a été appréhendé, on a constaté des signes d'ébriété. Enfin, ce dernier peut fuir à nouveau ou commettre l'infraction et l'on ne peut exiger des policiers qu'ils assurent indéfiniment la surveillance de la demeure du contrevenant au cas où ce dernier se déciderait à sortir.

En somme, cette exception est fondée sur le bon sens, qui répugne à ce que le contrevenant puisse échapper à une arrestation en se réfugiant chez lui ou chez un tiers. C'est pourquoi, dans la mesure où une arrestation sans mandat est permise au départ, la fuite du contrevenant dans une maison d'habitation ne peut pas rendre l'arrestation illégale. L'entrée des policiers, en cas de prise en chasse, est alors parfaitement justifiée.

(iii) La prise en chasse: définition

Notre Cour a mentionné plusieurs fois cette exception au principe de l'inviolabilité de la demeure, mais n'a jamais eu l'occasion de définir la prise en chasse. Le juge Chadwick, dans l'arrêt *Miller c. Stewart*, [1991] O.J. No. 2238 (Q.L.) (C. Ont., Div. gén.) notait à cet égard, à la p. 25:

Various authorities refer to the words "hot pursuit" but there is no real definition to these words. In my view it requires a common sense approach as to what is hot pursuit.

In general, and subject to further clarification which may be necessary in the particular factual situations before the courts, I consider that the approach suggested by R. E. Salhany in *Canadian Criminal Procedure* (5th ed. 1989), at p. 44, adequately conveys the meaning of hot pursuit:

Generally, the essence of fresh pursuit is that it must be continuous pursuit conducted with reasonable diligence, so that pursuit and capture along with the commission of the offence may be considered as forming part of a single transaction.

Using this approach, there is no doubt that there was hot pursuit in the circumstances of this case. The pursuit which took place here is a classic example of what is generally meant by hot pursuit. Indeed, the appellant admitted that there had been a hot pursuit.

The appellant nonetheless argues that there should be no right to enter private property, even in a case of hot pursuit, except with respect to indictable offences, and so not with respect to provincial offences. I shall therefore now consider this question, which is the main issue raised in this appeal.

(c) *Whether the Application of this Exception Should be Extended to Arrest for Provincial Offences*

The appellant accordingly maintained that the police power to enter in hot pursuit should be reserved for arrest for indictable offences. I cannot accept this distinction.

(i) The Common Law

To begin with, it does not appear that at common law the right to enter in hot pursuit was limited to arrest for felonies. As Donaldson L.J. noted in *Swales v. Cox*, *supra*, at p. 1118, there was also

[TRADUCTION] Diverses autorités parlent de «prise en chasse» («*hot pursuit*») mais il n'existe pas vraiment de définition de cette expression. À mon avis, le bon sens doit guider l'analyse de ce qui constitue une prise en chasse.

De manière générale, et sous réserve des précisions qui pourraient être nécessaires selon les situations de fait soumises aux tribunaux, j'estime que l'approche proposée par R. E. Salhany dans *Canadian Criminal Procedure* (5^e éd. 1989), à la p. 44, permet de bien cerner le concept de prise en chasse:

[TRADUCTION] Généralement, l'essence de la prise en chasse est qu'elle doit être continue et effectuée avec diligence raisonnable, de façon à ce que la poursuite et la capture, avec la perpétration de l'infraction, puissent être considérées comme faisant partie d'une seule opération.

Selon cette approche, il ne fait pas de doute qu'il y a eu prise en chasse en l'espèce. La poursuite représente même un exemple type de ce que l'on entend généralement par une prise en chasse. L'appelant a d'ailleurs admis qu'il s'agissait d'une prise en chasse.

Néanmoins, l'appelant soutient qu'il ne devrait y avoir aucun droit d'entrer sur une propriété privée, même dans le contexte d'une prise en chasse, sauf dans le cas d'actes criminels et non dans le cas des infractions provinciales. Je passe donc à l'examen de ce point, qui est la question principale dans le présent pourvoi.

c) *L'application de cette exception doit-elle être étendue aux arrestations découlant d'une infraction provinciale?*

L'appelant prétend donc que le pouvoir d'entrer des policiers en cas de prise en chasse devait être réservé aux arrestations découlant d'un acte criminel. Je ne saurais retenir cette distinction.

(i) La common law

En premier lieu, le droit d'entrer en cas de prise en chasse n'était apparemment pas restreint, en vertu de la common law, aux arrestations relatives à des infractions majeures (*felonies*). Comme le

at common law a right to enter in the case of a “constable following an offender running away from an affray”. This situation is also mentioned in *Halsbury’s Laws of England, supra*, at p. 354:

If an affray occurs in the presence of a constable, and the offenders run away and are immediately pursued by the constable and they enter a house, then the doors may be broken open by the constable to apprehend them in the course of the immediate pursuit.

According to the authors W. F. Foster and Joseph E. Magnet (“The Law of Forcible Entry”, (1977) 15 *Alta. L. Rev.* 271), the common law also more generally recognized a right to enter in hot pursuit for any misdemeanour provided it was committed in the presence of a police officer. They state, at p. 279: “A peace officer may make a forcible entry without a warrant for a misdemeanour committed in his presence. An entry for misdemeanour not committed in his presence is not justified.”

It is interesting to note that the offence here was committed in the presence of the police, thus meeting the requirement referred to by Foster and Magnet. I do not think, however, that this condition should be strictly imposed on the right to enter for offences other than indictable offences. This condition is too strict. Police who arrive shortly after the offence is committed and see the offender fleeing should be able to follow him into private premises, for a provincial offence as well as for an indictable offence. This power of entry should also be enjoyed by police continuing a pursuit already begun. The requirement that there really be hot pursuit is in my opinion sufficient and is an answer to the concerns which led to the requirement described by Foster and Magnet. This assumes, as I said earlier, real continuity between the commission of the offence and the pursuit undertaken by the police.

rappelait lord Donaldson dans l’arrêt *Swales c. Cox*, précité, à la p. 1118, il existait aussi en common law un droit d’entrer dans le cas d’un [TRADUCTION] «agent de police qui poursuit un contrevenant en fuite après une rixe». Cette situation est également évoquée dans *Halsbury’s Laws of England, op. cit.* à la p. 354:

[TRADUCTION] Lorsqu’une rixe se produit en présence d’un agent de police, que les contrevenants s’enfuient et sont immédiatement poursuivis par l’agent, mais entrent dans une habitation, l’agent peut en briser les portes pour les arrêter dans le cadre de la poursuite immédiate.

Selon les auteurs W. F. Foster et Joseph E. Magnet («The Law of Forcible Entry» (1977) 15 *Alta. L. Rev.* 271), la common law reconnaissait aussi de façon plus générale un droit d’entrer en cas de prise en chasse relativement à toute infraction mineure (*misdemeanour*), à la condition qu’elle ait été commise en présence du policier. Ils affirment, à la p. 279: [TRADUCTION] «Un agent de la paix peut entrer de force, sans mandat, dans le cas d’un méfait commis en sa présence. L’entrée ne serait pas justifiée si le méfait n’était pas commis en sa présence.»

Il est intéressant de noter qu’en l’espèce l’infraction a été commise en présence des policiers conformément à l’exigence mentionnée par Foster et Magnet. Je ne crois toutefois pas qu’il soit opportun d’imposer strictement cette condition au droit d’entrer dans le contexte d’infractions autres que des actes criminels. Cette condition est trop restrictive. Les policiers qui arrivent peu après la perpétration de l’infraction, et voient fuir le contrevenant, devraient en effet pouvoir le suivre jusque dans des locaux privés, tant dans le contexte d’une infraction provinciale que dans celui d’un acte criminel. Ce pouvoir d’entrer devrait également être donné aux policiers qui continuent une poursuite déjà engagée. L’exigence qu’il y ait véritablement une prise en chasse est à mon avis suffisante et permet de répondre aux préoccupations qui sont à l’origine de la condition décrite par Foster et Magnet. Cela suppose en effet, comme je l’ai dit plus haut, une continuité réelle entre la perpétration de l’infraction et la poursuite entreprise par les policiers.

(ii) Policy Considerations

Accordingly, a right of entry to make an arrest in hot pursuit exists at common law, both for indictable offences and for other types of offence. In my opinion, there is no need to alter this rule. There are strong policy considerations against retaining the distinction between indictable offences and other categories of offence in determining the spatial limits on the power of arrest in hot pursuit. Unlike the division which existed at common law between felonies and misdemeanours, the division which currently exists in our law between indictable offences and other categories of offence only very imperfectly reflects the severity of the offence. Most importantly, there is no logical connection between the fact that an offence falls in one or the other of these categories and the need there may be to make an arrest in hot pursuit in residential premises.

This is due in part to the constitutional division of powers between Parliament and the provincial legislatures. Under s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867*, provincial legislatures have jurisdiction to create offences, which often prove to be more serious than many of the offences falling in the category of indictable offences, and which may much more urgently require arrest in hot pursuit. Such offences can however never be classified as indictable offences, which are exclusively within the jurisdiction of the federal Parliament. This special characteristic of our legal system makes the distinction between indictable offences and other categories of offence especially inadequate for determining police powers of entry in hot pursuit. In some situations, too, it is not clear, as this case reveals, what the ultimate charge may be. Denying the existence of this power in the case of all offences which are not indictable, and consequently in the case of all provincial offences, would in my opinion be an excessive and unwarranted limitation on police powers, and that is why I feel that the distinction between indictable offences and other types of offence should not be

(ii) Considérations de principe

Il existe donc en vertu de la common law un droit d'entrer pour procéder à une arrestation, dans les cas de prises en chasse, tant pour les actes criminels que pour d'autres types d'infractions. À mon avis, il n'y a pas lieu de modifier cette règle. De fortes considérations de principe s'opposent fortement à ce que l'on retienne la distinction entre les actes criminels et les autres catégories d'infractions aux fins de déterminer les limites territoriales du pouvoir d'arrestation en cas de prise en chasse. Contrairement à la séparation qui existait en common law entre les infractions majeures et les infractions mineures, la division qui existe actuellement dans notre droit entre les actes criminels et les autres catégories d'infractions ne reflète que très imparfaitement la gravité des infractions. Il n'existe surtout aucun lien logique entre l'appartenance d'une infraction à l'une ou l'autre de ces catégories et la nécessité qu'il peut y avoir de procéder à une arrestation dans des locaux résidentiels, dans le contexte d'une prise en chasse.

Cela résulte en partie du partage constitutionnel des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales. En vertu du par. 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures provinciales ont compétence pour créer des infractions, qui s'avèrent souvent plus graves que bien des infractions appartenant à la catégorie des actes criminels, et qui peuvent exiger de façon beaucoup plus urgente une arrestation dans le contexte d'une prise en chasse. Ces infractions ne peuvent pourtant jamais appartenir à la catégorie des actes criminels, qui relève exclusivement du Parlement fédéral. Cette caractéristique de notre système juridique rend particulièrement inadéquate la distinction entre les actes criminels et les autres catégories d'infractions, aux fins de déterminer le pouvoir d'entrer des policiers en cas de prise en chasse. De plus, dans certaines situations, il n'est pas déterminé, comme l'indique l'espèce, quelle sera l'accusation. Nier l'existence de ce pouvoir dans le cas de toutes les infractions qui ne sont pas des actes criminels et, par conséquent, dans le cas de toutes les infractions provinciales, constituerait à mon avis, une limitation excessive et injustifiable

retained in this context. I would add that the principal reasons justifying the entry of the police in hot pursuit, namely the need to avoid making the home a real sanctuary against arrest and the risk of encouraging individuals to flee the police, apply both in the context of provincial offences (as well as federal offences punishable on summary conviction) and in the context of indictable offences.

This does not mean, however, that the police can enter residential premises in hot pursuit in order to make an arrest for any kind of offence. Clearly, the police have this power when a warrant has been issued against the offender; but if there is no warrant, there must always be an offence or circumstances which will allow the police to make an arrest without a warrant. This requirement, which was not discussed in connection with the present appeal because the power to make an arrest without a warrant was not challenged, is essential. It ensures that the right to enter applies only to offences or in circumstances which the legislature has considered sufficiently serious to justify a power of arrest without a warrant. By way of illustration I note in this regard that the *Highway Traffic Act*, which the appellant contravened here, provides for a power of arrest without a warrant only for a limited number of offences.

(d) *Summary*

In summary, I conclude that even where there is no arrest warrant, there is in a case of hot pursuit a right to enter residential premises to make an arrest both for provincial offences and for indictable offences, provided the circumstances justify an arrest without a warrant. Accordingly, the entry by the police was authorized in the case at bar.

des pouvoirs des policiers, et c'est pourquoi j'estime que la distinction entre les actes criminels et les autres catégories d'infractions, dans ce contexte, ne devrait pas être retenue. J'ajouterais que les principaux motifs qui justifient l'entrée des policiers dans le contexte d'une prise en chasse, à savoir la nécessité d'éviter que le domicile devienne un véritable sanctuaire et le risque d'encourager la fuite devant les policiers, s'appliquent tant dans le contexte des infractions provinciales (comme d'ailleurs des infractions fédérales punissables par voie de poursuite sommaire) que dans le contexte des actes criminels.

Toutefois cela ne signifie pas que les policiers pourront entrer dans des locaux résidentiels, dans le cas d'une prise en chasse, afin de procéder à une arrestation relativement à n'importe quel type d'infraction. Les policiers disposent évidemment de ce pouvoir lorsqu'un mandat a été délivré contre le contrevenant. Mais en l'absence de mandat, il devra toujours s'agir d'une infraction ou de circonstances qui permettent par ailleurs aux policiers de procéder à une arrestation sans mandat. Cette condition, qui n'a pas été discutée dans le contexte du présent pourvoi parce que le pouvoir de procéder à une arrestation sans mandat n'était pas contesté, est essentielle. Elle permet d'assurer que le droit d'entrer s'applique uniquement aux infractions ou aux circonstances que le législateur a jugées suffisamment graves pour justifier un pouvoir d'arrestation sans mandat. Je note à cet égard, à titre d'illustration, que la *Highway Traffic Act*, auquel l'appelant a contrevenu en l'espèce, ne prévoit un pouvoir d'arrestation sans mandat qu'à l'égard d'un nombre limité d'infractions.

d) *Sommaire*

Je conclus en résumé que même sans mandat d'arrestation, il existe, en cas de prise en chasse, un droit d'entrer dans des locaux résidentiels aux fins de procéder à une arrestation tant à l'égard des infractions provinciales que des actes criminels, dans la mesure, cependant, où les circonstances justifient par ailleurs une arrestation sans mandat. L'entrée des policiers était donc autorisée en l'espèce.

The Court does not have to decide here on the existence of a general power to enter private premises in order to make an arrest without a warrant for a provincial offence in situations that do not involve hot pursuit.

(e) *The Charter*

The appellant also raised arguments based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He argued that his rights under ss. 7 and 9 of the *Charter* had been infringed. These arguments are devoid of merit.

With respect to s. 9, this Court in *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291, considered the constitutionality of a stop under s. 119 of the *Highway Traffic Act*. A police officer had stopped a motorist after observing him at night in the vicinity of a bar in a vehicle with out-of-province plates. Cory J. was of the view that in the setting of a rural community the police could be regarded as having offered reasonable grounds for stopping the motorist. He accordingly concluded, at p. 1297, that although the appellant had been detained, the detention was not arbitrary:

In a case such as this, where the police offer grounds for stopping a motorist that are reasonable and can be clearly expressed (the articulable cause referred to in the American authorities), the stop should not be regarded as random. As a result, although the appellant was detained, the detention was not arbitrary in this case and the stop did not violate s. 9 of the *Charter*.

In the circumstances of this case the police, who had seen the appellant drive through a stop sign, then refuse to stop at their request and flee into Miss Pack's apartment, had even more reasonable grounds than those relied on in *Wilson* to stop and then detain the appellant. The argument that in such circumstances the detention may have been arbitrary is on its very face totally devoid of merit.

Nous n'avons pas à nous prononcer aujourd'hui sur l'existence d'un pouvoir général d'entrer dans des locaux privés, aux fins de procéder à une arrestation sans mandat relativement à une infraction provinciale, dans des situations autres que les cas de prise en chasse.

e) *La Charte*

L'appellant présente aussi des arguments fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il prétend qu'il y a eu atteinte à ses droits en vertu des art. 7 et 9 de la *Charte*. Ces arguments sont sans fondement.

En ce qui a trait à l'art. 9, notre Cour a examiné dans l'affaire *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291, la constitutionnalité d'une interpellation en vertu de l'art. 119 du *Highway Traffic Act*. Un agent de police avait interpellé un automobiliste après l'avoir observé la nuit aux environs d'un bar dans un véhicule immatriculé hors de la province. Le juge Cory a estimé que, dans le contexte de communauté rurale, on pouvait considérer que la police avait présenté des motifs raisonnables d'interpeller l'automobiliste. Il a en conséquence conclu, à la p. 1297, que bien que l'appellant ait été détenu, la détention n'était pas arbitraire:

Dans un cas comme celui-ci, lorsque la police présente des motifs d'interpeller un automobiliste qui sont raisonnables et qui peuvent être exprimés clairement (le motif précis dont parle la jurisprudence américaine), l'interpellation ne devrait pas être considérée comme ayant été effectuée au hasard. Par conséquent, bien que l'appellant ait été détenu, la détention n'était pas arbitraire en l'espèce et l'interpellation n'a pas violé l'art. 9 de la *Charte*.

Dans les circonstances de la présente affaire, le policier, qui avait observé l'appellant brûler un stop, puis refuser de s'arrêter à sa demande et s'enfuir dans l'appartement de M^{lle} Pack, disposait de motifs plus raisonnables encore que ceux invoqués dans l'affaire *Wilson* pour interpellier puis détenir l'appellant. L'argument voulant que la détention, dans de pareilles circonstances, ait pu être arbitraire, est, à l'évidence, totalement dépourvu de fondement.

So far as s. 7 is concerned, even assuming that this provision implies protection of a right to privacy, something which we do not have to decide here, there can be no question of such a right being infringed in this case. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, La Forest J. stated, at p. 412:

Assuming section 7 includes a right to privacy such as that inhering in the guarantee against unreasonable searches and seizures in s. 8 of the *Charter*, a proposition for which I have considerable sympathy, it must be remembered that the present Chief Justice in *Southam* was careful to underline that what the Constitution guaranteed was a "reasonable expectation" of privacy. . . .

In the appellant's situation, it is impossible to speak of a reasonable expectation of privacy. The appellant went into Miss Pack's apartment when he knew he was being pursued by a peace officer, for the specific purpose of escaping him. He must reasonably have expected to be followed. It goes without saying that a person who enters his house or that of someone else to get away from the police who are pursuing him in connection with an offence he has just committed and for which there is a power of arrest without a warrant cannot expect his privacy to be protected in such circumstances so as to prevent the police from making an arrest.

(f) *Conclusion*

For all these reasons the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Campbell & Company, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Bart Rosborough, Edmonton.

En ce qui a trait à l'art. 7, à supposer même que cette disposition implique la protection d'un droit à la vie privée, ce que nous n'avons pas à décider ici, il ne saurait être question de la violation de ce droit en l'espèce. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, le juge La Forest affirmait à la p. 412:

À supposer que l'art. 7 assure la protection d'un droit à la vie privée comme le droit qui est inhérent à la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives de l'art. 8 de la *Charte*, une proposition que je serais enclin à admettre, il faut se rappeler que le Juge en chef actuel, dans l'arrêt *Southam*, a pris soin de souligner que la Constitution garantissait une «attente raisonnable» en ce qui concerne la protection de la vie privée . . .

Or, il est impossible de parler, dans la situation de l'appelant, d'une attente raisonnable en ce qui concerne la protection de la vie privée. L'appelant a gagné l'appartement de M^{lle} Pack alors qu'il savait être poursuivi par un agent de la paix, précisément afin de lui échapper. Il devait raisonnablement s'attendre à être suivi. Il va de soi qu'une personne qui va chez elle ou chez quelqu'un d'autre pour échapper aux policiers qui la poursuivent en raison d'une infraction qu'elle vient de commettre et à l'égard de laquelle il existe un pouvoir d'arrestation sans mandat, ne saurait s'attendre à ce que sa vie privée soit protégée dans ces circonstances de manière à empêcher les policiers de procéder à l'arrestation.

g) *Conclusion*

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

h) *Pourvoi rejeté.*

Procureurs de l'appelant: Campbell & Company, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Bart Rosborough, Edmonton.

Ciment Québec Inc. *Appellant*

v.

**Corporation municipale de Saint-Basile,
Village Sud** *Respondent*

INDEXED AS: SAINT-BASILE, VILLAGE SUD
(CORPORATION MUNICIPALE DE) v. CIMENT QUÉBEC
INC.

File No.: 22749.

1993: February 23; 1993: July 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Municipal law — Real estate assessment — Immoveables not entered on assessment roll — Interpretation of s. 65(1) of the Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1.

The appellant is the owner of a large industrial complex where it manufactures cement. It filed a complaint with the Bureau de révision de l'évaluation foncière ("BREF") challenging the value of the unit of assessment of its new plant and the entry of several buildings that were part of that plant on the assessment roll for 1981, 1982 and 1984. The appellant contends that most of these buildings should be excluded from the roll because they are used mainly for purposes of industrial production. The BREF allowed the appellant's complaints in part and, under s. 65(1) of the *Act respecting Municipal Taxation*, struck from the roll certain buildings that were part of the plant. The BREF was of the view that the exemption provided for in s. 65(1) applied not only to moveable property placed for a permanency, but also to immoveables by nature that are machines, apparatus and their accessories used mainly for purposes of industrial production and not designed to provide a service to land or a building. The Provincial Court reversed that decision and concluded that the exemption applied only to moveable property placed for a permanency, excluding buildings within the meaning of the *Civil Code*. The court noted that if the legislature had intended to give the word "building" in s. 65(1) a different meaning from that in the Code, it would have done so expressly. The Court of Appeal upheld the Provincial Court's decision.

Ciment Québec Inc. *Appelante*

c.

**Corporation municipale de Saint-Basile,
Village Sud** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SAINT-BASILE, VILLAGE SUD
(CORPORATION MUNICIPALE DE) c. CIMENT QUÉBEC
INC.

N° du greffe: 22749.

1993: 23 février; 1993: 15 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles non portés au rôle d'évaluation — Interprétation de l'art. 65(1) de la Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1.

L'appelante est propriétaire d'un vaste complexe industriel où elle fabrique du ciment. Elle conteste devant le Bureau de révision de l'évaluation foncière («BREF») la valeur de l'unité d'évaluation de sa nouvelle usine et l'inscription de plusieurs immeubles faisant partie de cette usine au rôle d'évaluation pour les années 1981, 1982 et 1984. L'appelante soutient que la plupart de ces immeubles doivent être exclus du rôle parce qu'ils servent principalement à des fins de production industrielle. Le BREF accueille partiellement les plaintes de l'appelante et, en vertu du par. 1° de l'art. 65 de la *Loi sur la fiscalité municipale*, écarte du rôle certains immeubles faisant partie de l'usine. Le BREF est d'avis que l'exemption prévue au par. 1° de l'art. 65 s'applique non seulement aux biens mobiliers placés à perpétuelle demeure, mais aussi aux immeubles par nature qui sont des machines, des appareils et leurs accessoires utilisés principalement à des fins de production industrielle et qui n'ont pas pour objet d'assurer un service à un terrain ou à un bâtiment. La Cour provinciale infirme cette décision et conclut que l'exemption ne s'applique qu'aux seuls biens mobiliers placés à perpétuelle demeure, à l'exclusion des bâtiments au sens du *Code civil*. La cour souligne que si le législateur avait voulu donner au mot «bâtiment» du par. 1° de l'art. 65 un sens différent de celui du Code, il l'aurait fait expressément. La Cour d'appel confirme le jugement de la Cour provinciale.

Held: The appeal should be allowed.

The exemption provided for in s. 65(1) does not exclude from its scope all buildings within the meaning of the *Civil Code*. The wording of this subsection, interpreted and analyzed in its own particular context, requires first and foremost that the court examine each immovable or part of an immovable making up a given plant in the concrete setting of the industrial production, regardless of the nature of their status as immovables. It is the requirement of industrial production which is the cornerstone of s. 65(1), and not the traditional *Civil Code* categories of immovables. Given the definition of the word "immovable" in s. 1 A.M.T., it is clear that the introductory paragraph of s. 65 ("The following immovables are not to be entered on the roll") does not distinguish between immovables by nature and moveable objects placed for a permanency. Further, the concepts of destination and use which have been attached to the terms "land" and "building" are foreign to the criteria for immovables by nature in the civil law. The meaning of the terms "land" and "building" should therefore be analyzed on the basis of the legislative framework adopted by the legislature, which clarifies and qualifies the concepts in the Code and is dissociated from the traditional civil law categories. Finally, the terms "machines", "apparatus" and "accessories", which are not part of the special vocabulary of the Code, may encompass in the context of s. 65(1) a whole range of immovables which can be used mainly for purposes of industrial production.

Here, the approach taken by the BREF is in keeping with the letter and spirit of s. 65(1). First, it applied the terms "machines", "apparatus" and "accessories" in the complex setting of the components of an industrial production process, regardless of the dispute as to the nature of their status as immovables within the meaning of the *Civil Code*, which is consistent with the wording of the introductory paragraph. Secondly, it took into account the fact that an immovable or part thereof can be inseparable from a machine or apparatus and at the same time provide a service to land or a building. The words "used mainly for purposes of industrial production" and "taking into account the . . . use of the land or building" require such a construction. The BREF's approach derives from the following observation: s. 65(1) does not suggest that all buildings can never be excluded from the roll on the ground that some buildings may be served by machines, apparatus or their accessories.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'exemption prévue au par. 1^o de l'art. 65 n'exclut pas de son champ d'application tous les bâtiments au sens du *Code civil*. Le texte de ce paragraphe, interprété et analysé dans le contexte d'énonciation qui lui est propre, commande avant tout d'examiner chaque immeuble ou partie d'immeuble composant une usine donnée dans le cadre concret de la production industrielle, et ce, sans égard à la nature de leur immobilisation. C'est le critère de la production industrielle qui constitue la pierre angulaire du par. 1^o de l'art. 65 et non les catégories traditionnelles d'immobilisation du *Code civil*. Vu la définition du mot «immeuble» à l'art. 1 L.F.M., il est clair que l'alinéa introductif de l'art. 65 («Ne sont pas portés au rôle les immeubles suivants») ne fait pas de distinction entre les immeubles par nature et les objets mobiliers placés à perpétuelle demeure. De plus, les concepts de destination et d'utilisation qui ont été greffés aux termes «terrain» et «bâtiment» sont étrangers aux critères de l'immobilisation par nature en droit civil. Le sens des termes «terrain» et «bâtiment» doit donc être analysé en fonction du cadre législatif adopté par le législateur, lequel nuance et tempère les concepts du Code et se démarque des catégories traditionnelles du droit civil. Enfin, les termes «machine», «appareil» et «accessoires», qui ne font pas partie du vocabulaire propre au Code, peuvent englober dans le contexte du par. 1^o de l'art. 65 toute une panoplie d'immeubles qui sont susceptibles d'être utilisés principalement à des fins de production industrielle.

En l'espèce, la démarche suivie par le BREF est conforme à la lettre et à l'esprit du par. 1^o de l'art. 65. Premièrement, il a appliqué les termes «machine», «appareil» et «accessoires» dans le cadre complexe des éléments d'une production industrielle, et ce, sans égard au débat portant sur la nature de leur immobilisation au sens du *Code civil*, ce qui traduit la lettre de l'alinéa introductif. Deuxièmement, il a tenu compte du fait qu'un immeuble ou une partie d'immeuble peut être indissociable d'une machine ou d'un appareil et assurer, par la même occasion, un service à un terrain ou à un bâtiment. Les termes «utilisés principalement à des fins de production industrielle» et «compte tenu de l'utilisation qui est faite de celui-ci» commandent une telle lecture. La démarche du BREF découle du constat suivant: le par. 1^o de l'art. 65 ne permet pas de conclure que tous les bâtiments ne peuvent jamais être exclus du rôle sous prétexte que certains bâtiments peuvent être desservis par des machines, des appareils ou leurs accessoires.

The Court does not express any opinion on the correctness of the findings of fact of the BREF.

Cases Cited

Distinguished: *Donohue Bros. v. Parish of St-Étienne de la Malbaie*, [1924] S.C.R. 511; *Aluminium du Canada Ltée v. Village de Melocheville*, [1973] S.C.R. 792; *Richmond Pulp & Paper Co. of Canada v. Town of Bromptonville*, [1970] S.C.R. 453; **referred to:** *Ville de Saint-Romuald d'Etchemin v. Ultramar Canada Inc.*, [1985] C.P. 212, aff'g [1980-1984] B.R.E.F. 883; *Bélair v. Ville de Ste-Rose* (1922), 63 S.C.R. 526; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont* (1932), 53 Que. K.B. 133; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Westmount*, [1926] S.C.R. 515; *Bell Telephone Co. of Canada v. Ville St-Laurent* (1935), 60 Que. K.B. 101; *St-Romuald d'Etchemin (Cité de) v. Golden Eagle Canada Ltd.*, [1980] C.A. 74; *Banque d'Hochelaga v. Waterous Engine Works Co.* (1897), 27 S.C.R. 406; *Sherbrooke (Cité de) v. Commissaires d'écoles de Sherbrooke*, [1957] S.C.R. 476; *Cablevision (Montreal) Inc. v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 2 S.C.R. 64; *Lower St. Lawrence Power Co. v. Immeuble Landry Ltée*, [1926] S.C.R. 655; *Cie de papier Québec et Ontario Ltée v. Baie-Comeau (Ville de)*, J.E. 89-200.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 1 "immoveable", 2, 31, 65(1) [am. 1980, c. 11, s. 130].
Act respecting Municipal Taxation and providing Amendments to Certain Legislation, S.Q. 1979, c. 72.
Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, s. 488.
Civil Code of Lower Canada, art. 376.
Real Estate Assessment Act, S.Q. 1971, c. 50, ss. 1(a) [repl. 1978, c. 59, s. 1], (b), (u), 8 [repl. 1979, c. 22, s. 65], 12 [am. 1972, c. 46, s. 4; am. 1973, c. 31, s. 8; am. 1978, c. 59, s. 4].

Authors Cited

Bélanger, Louise. «L'évaluation des immeubles industriels au Québec: les hauts et les bas de l'article 65 par. 1 de la Loi sur la fiscalité municipale». Dans *Développements récents en droit municipal*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville: Yvon Blais, 1989, 151.
 Pâquet, Jean-M. «Les aspects juridiques». Dans *La réforme de la fiscalité municipale*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980.

La Cour ne se prononce pas sur l'exactitude des conclusions factuelles du BREF.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Donohue Bros. c. Parish of St-Étienne de la Malbaie*, [1924] R.C.S. 511; *Aluminium du Canada Ltée c. Village de Melocheville*, [1973] R.C.S. 792; *Richmond Pulp & Paper Co. of Canada c. Ville de Bromptonville*, [1970] R.C.S. 453; **arrêts mentionnés:** *Ville de Saint-Romuald d'Etchemin c. Ultramar Canada Inc.*, [1985] C.P. 212, conf. [1980-1984] B.R.E.F. 883; *Bélair c. Ville de Ste-Rose* (1922), 63 R.C.S. 526; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. City of Outremont* (1932), 53 B.R. 133; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. City of Westmount*, [1926] R.C.S. 515; *Bell Telephone Co. of Canada c. Ville St-Laurent* (1935), 60 B.R. 101; *St-Romuald d'Etchemin (Cité de) c. Golden Eagle Canada Ltd.*, [1980] C.A. 74; *Banque d'Hochelaga c. Waterous Engine Works Co.* (1897), 27 R.C.S. 406; *Sherbrooke (Cité de) c. Commissaires d'écoles de Sherbrooke*, [1957] R.C.S. 476; *Cablevision (Montréal) Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 2 R.C.S. 64; *Lower St. Lawrence Power Co. c. Immeuble Landry Ltée*, [1926] R.C.S. 655; *Cie de papier Québec et Ontario Ltée c. Baie-Comeau (Ville de)*, J.E. 89-200.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 376.
Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, ch. 193, art. 488.
Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 1 «immoveable», 2, 31, 65(1).
Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, L.Q. 1979, ch. 72.
Loi sur l'évaluation foncière, L.Q. 1971, ch. 50, art. 1a) [repl. 1978, ch. 59, art. 1], b), u), 8 [repl. 1979, ch. 22, art. 65], 12 [mod. 1972, ch. 46, art. 4; mod. 1973, ch. 31, art. 8; mod. 1978, ch. 59, art. 4].

Doctrine citée

Bélanger, Louise. «L'évaluation des immeubles industriels au Québec: les hauts et les bas de l'article 65 par. 1 de la Loi sur la fiscalité municipale». Dans *Développements récents en droit municipal*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville: Yvon Blais, 1989, 151.
 Pâquet, Jean-M. «Les aspects juridiques». Dans *La réforme de la fiscalité municipale*. Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980.

Poirier, Michel, et Jean-Marie Lavoie. "La réforme de la fiscalité municipale: taxation et paiements de transfert" (1981), 12 *R.D.U.S.* 141.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 2757, 41 Q.A.C. 128, affirming a judgment of the Provincial Court, J.E. 88-149, reversing a decision of the Quebec Bureau de révision de l'évaluation foncière, [1985] B.R.E.F. 471. Appeal allowed.

Benoît Mailloux and Martin R. Gagné, for the appellant.

Paul Bégin and Suzanne Ouellet, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the interpretation of s. 65(1) of the *Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1 ("A.M.T."), formerly S.Q. 1979, c. 72. More precisely, the issue is whether the tax exemption provided by that section applies only to moveable property as defined in s. 1 A.M.T., excluding buildings within the meaning of the *Civil Code*.

The respondent municipal corporation argues that the appellant's immovable property is taxable while the appellant contends that most of the facilities in its new plant should be excluded from the real estate assessment roll because they are used mainly for purposes of industrial production. The appellant's cement manufacturing process thus assumes great importance in this case.

I—Facts

The appellant Ciment Québec Inc. is the owner of land within the territorial limits of the respondent municipal corporation on which there is a large industrial complex, consisting of a stone quarry and two plants. The appellant's operations involve extracting raw material from the quarry, crushing the stone extracted and mixing two types of extracted stone, one with a high and the other

Poirier, Michel, et Jean-Marie Lavoie. «La réforme de la fiscalité municipale: taxation et paiements de transfert» (1981), 12 *R.D.U.S.* 141.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 2757, 41 Q.A.C. 128, qui a confirmé un jugement de la Cour provinciale, J.E. 88-149, qui avait infirmé une décision du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec, [1985] B.R.E.F. 471. Pourvoi accueilli.

Benoît Mailloux et Martin R. Gagné, pour l'appelante.

Paul Bégin et Suzanne Ouellet, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi porte sur l'interprétation du par. 65(1) de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1 («L.F.M.»), auparavant L.Q. 1979, ch. 72. Plus précisément, il s'agit de déterminer si l'exemption de taxes, prévue par cette disposition, ne s'applique qu'aux seuls biens mobiliers tels que définis à l'art. 1 L.F.M., à l'exclusion des bâtiments au sens du *Code civil*.

La corporation municipale intimée prétend que les immeubles de l'appelante sont taxables tandis que l'appelante plaide que la plupart des installations composant sa nouvelle usine doivent être exclues du rôle d'évaluation foncière parce que servant principalement à des fins de production industrielle. Le processus de fabrication de ciment de l'appelante revêt donc une grande importance dans le présent litige.

I—Les faits

L'appelante Ciment Québec Inc. est propriétaire, dans les limites territoriales de la corporation municipale intimée, d'un terrain sur lequel est situé un vaste complexe industriel, composé d'une carrière de pierre et de deux usines. Les opérations de l'appelante consistent à extraire de la matière première de la carrière, à effectuer le concassage de la pierre extraite ainsi que le mélange de deux

with a low calcareous content. Its operations also include adding additional material needed in the production of cement and a burning process, which is the final stage of manufacture. When this process is finished, the cement produced is taken to warehouses. The first plant is now out of use and is of no concern in the instant appeal. Construction of the second plant began in 1978 and was completed in late 1982. It is this latter plant which is at the core of the dispute.

In this regard the evidence, which is not disputed at this stage of the proceedings, is as follows. Unlike the old plant, the facilities in this new one are no longer contained in one building covered by a single roof; instead different production stages have been set up. Accordingly, a primary crusher, weighing 400 tons, surrounded by foundations and concrete walls, breaks the material down to a five-and-a-half inch diameter. This crushed stone, consisting of high stone and low stone, is taken to secondary crushers by conveyors about 450 feet long. These conveyors are supported by steel bases and structures. The secondary crushers again break the stone down, to a two-and-a-half inch diameter. The structure of the crushers supports the arrival of the conveyor as well as the transformers, the control centres of the engines and the system for lubricating the crushers.

This crushed stone is then taken to the prehomogenizer, which is where the mixing of the high and low stone begins. The prehomogenizer consists of two tanks and a gauging system below the tanks. The sheathing of the prehomogenizer keeps the humidity level below 6 percent, in accordance with the requirements of the cement production procedure. Another stage in the industrial production chain is carried out by the stone distributor, which, by means of an aerial conveyor, distributes the stone to four different locations. This conveyor is supported by a structure. Like the prehomogenizer, the sheathing of the stone distrib-

types de pierres extraites, l'une à haute et l'autre à basse teneur calcaire. Ses opérations comprennent également l'ajout d'éléments supplémentaires requis pour la production du ciment ainsi qu'un processus de cuisson, qui constitue l'étape finale de fabrication. Lorsque ce processus est terminé, la production de ciment est acheminée vers des entrepôts. La première usine est maintenant hors d'usage et ne fait pas l'objet du présent appel. La construction de la deuxième usine débuta en 1978 pour se terminer à la fin de l'année 1982. C'est cette dernière usine qui est au cœur du débat.

À cet égard, la preuve, non contestée à ce stade-ci des procédures, est à l'effet suivant. Contrairement à l'ancienne, les installations de cette nouvelle usine ne sont plus contenues dans une seule bâtisse recouverte par un seul toit, différentes étapes de production ayant plutôt été aménagées. Ainsi, un concasseur primaire, d'une pesanteur de 400 tonnes, entouré de fondations et de murs de béton, broie le matériel pour le réduire à un diamètre de cinq pouces et demi. Par la suite, cette pierre concassée, composée de pierre haute et de pierre basse, est acheminée vers des concasseurs secondaires par des convoyeurs d'une longueur d'environ 450 pieds. Ces convoyeurs sont supportés par des bases et structures d'acier. Les concasseurs secondaires broient à nouveau la pierre pour en arriver à un diamètre de deux pouces et demi. La structure des concasseurs supporte l'arrivée du convoyeur ainsi que les transformateurs, les centres de contrôle des moteurs et le système de lubrification des concasseurs.

Cette pierre concassée est acheminée, par la suite, vers le préhomogénéisateur, endroit où débute le mélange des pierres haute et basse. Le préhomogénéisateur est constitué de deux réservoirs ainsi que d'un système de dosage en dessous de ces réservoirs. Le revêtement du préhomogénéisateur maintient le taux d'humidité dans la matière en deçà de 6 pour 100, conformément aux exigences du procédé de production du ciment. Une autre étape de la chaîne de production industrielle est effectuée par le distributeur de pierre, lequel, grâce à un convoyeur aérien, distribue la pierre à quatre endroits différents. Ce convoyeur est sup-

utor keeps the humidity of the stone from increasing beyond 6 percent. The sheathing also allows for recovery of dust in the air.

Before the raw material can be burned, it first has to be reduced to a fine dust. This operation is performed by the "Loesche" mill. Cyclone separators located above the mill are then used to separate the lime from the dust. Dust collected in this way is moved to a pump which then takes it to the homogenizer. Close by there are electrostatic precipitators, which filter the hot gases and recover a large quantity of dust which is reintroduced into the process. The homogenizer makes a final mixing and standardizes the concentration of the raw mix. This raw mix is then burned using the pre-heating tower. The first stage of burning involves the raw mix in suspension dropping through four cyclones; 60 percent of the burning is done in the pre-heating tower, the remainder by the rotary kiln, which raises the temperature from 1,000 degrees Celsius in the pre-heating tower to 1,500 degrees Celsius.

After these two burning stages, the raw mix is transformed into clinker, which takes the form of small pellets from zero to four inches in diameter, which have to be cooled before other processing stages can take place. After emerging from the cooler, the clinker is crushed to a maximum one inch size by the clinker crusher and then carried on conveyors to the clinker stockpile. This stockpile is the last stage of the industrial process before storage. It constitutes a cushion before the clinker, to which gypsum is added, goes into the ball mills and then into storage silos. The sheathing of this stockpile is also used to recover the dust.

For the periods from January 1 to December 31, 1981, January 1 to December 31, 1982 and the

porté par une structure. Tout comme le préhomogénéisateur, le revêtement du distributeur de pierre empêche l'augmentation du taux d'humidité de la pierre au delà de 6 pour 100. Le revêtement permet également la récupération des poussières en suspension.

Avant de débiter la cuisson des matières premières, il est nécessaire de les réduire en fine poussière. Cette opération est effectuée par le moulin «Loesche». Des cyclones aménagés au-dessus du moulin servent ensuite à séparer la chaux de la poussière. Les poussières ainsi récupérées sont expédiées vers une pompe, qui les transporte ensuite vers l'homogénéisateur. Il existe, à proximité, des précipitateurs électrostatiques, lesquels filtrent les gaz chauds et récupèrent une grande quantité de poussière qui est réintroduite dans le procédé. L'homogénéisateur effectue un dernier mélange et uniformise la concentration du cru. Il est ensuite procédé à la cuisson de ce cru à l'aide de la tour de préchauffage. Une première étape de la cuisson consiste à faire retomber le cru en suspension à travers quatre cyclones; 60 pour 100 de la cuisson est effectué dans la tour de préchauffage, l'autre partie l'étant par le four rotatif, lequel fait monter la température qui était de 1000 degrés Celsius dans la tour de préchauffage à 1500 degrés Celsius.

Par suite de ces deux étapes de cuisson, le cru est transformé en «clinker» qui prend la forme de petites boulettes de zéro à quatre pouces de diamètre, lesquelles doivent être refroidies avant d'autres étapes de transformation. Avant de sortir du refroidisseur, le «clinker» est concassé à une dimension maximale de un pouce par le concasseur à «clinker» et est ensuite transporté par des convoyeurs vers la réserve à «clinker». Cette réserve constitue la dernière étape du procédé industriel avant d'arriver à l'entreposage. Elle constitue un coussin avant que le «clinker», auquel il est ajouté du gypse, entre dans les broyeurs à bille et, par la suite, dans les silos d'entreposage. Le revêtement de cette réserve sert également à récupérer les poussières.

Pour les périodes du 1^{er} janvier 1981 au 31 décembre 1981, du 1^{er} janvier 1982 au 31 décem-

1984 fiscal year, the respondent had on its real estate assessment roll, in whole or in part, several buildings which were part of the cement production line. On April 27, 1982, the appellant, through a complaint filed with the Quebec Bureau de révision de l'évaluation foncière ("BREF"), challenged the value of the unit of assessment and the entry of certain buildings on the roll for 1981 and 1982. On April 4, 1984, the appellant filed another complaint with the BREF in which it challenged the value of the unit of assessment and the entry of certain buildings on the 1984 roll.

By a decision dated August 29, 1985, the BREF allowed the appellant's complaints in part and, under s. 65(1) A.M.T., struck from the respondent's assessment roll certain buildings which were part of its new plant. The BREF accordingly reduced the value of the unit of assessment of the appellant's plant for 1981, 1982 and 1984.

On September 25, 1985, the respondent appealed this decision to the Quebec Provincial Court and the appellant filed a cross-appeal. By a judgment dated November 30, 1987, the Provincial Court allowed the respondent's appeal and dismissed the appellant's cross-appeal. It restored the values of the unit of assessment of the appellant's plant for the 1981 and 1982 rolls to the level fixed by the roll amendment notices issued by the respondent and set the value of the plant's unit of assessment for 1984 at \$10,231,902.

On December 17, 1987, the appellant appealed this judgment to the Quebec Court of Appeal. By a unanimous judgment dated September 10, 1991, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal and upheld the Provincial Court's decision.

II—Legislation

Sections 1 and 31 A.M.T. read as follows at the relevant time:

bre 1982 et pour l'exercice financier de l'année 1984, l'intimée porte à son rôle d'évaluation foncière, en totalité ou en partie, plusieurs immeubles faisant partie de la chaîne de production de ciment. Le 27 avril 1982, l'appelante conteste, par plainte déposée auprès du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec («BREF»), la valeur de l'unité d'évaluation ainsi que l'inscription au rôle des années 1981 et 1982 de certains immeubles. Le 4 avril 1984, l'appelante dépose une autre plainte auprès du BREF dans laquelle elle conteste la valeur de l'unité d'évaluation et l'inscription de certains immeubles au rôle de l'année 1984.

Par jugement en date du 29 août 1985, le BREF accueille en partie les plaintes de l'appelante et, en vertu du par. 65(1) L.F.M., écarte du rôle d'évaluation de l'intimée certains immeubles faisant partie de sa nouvelle usine. Le BREF réduit, en conséquence, la valeur de l'unité d'évaluation de l'usine de l'appelante pour les années 1981, 1982 et 1984.

Le 25 septembre 1985, l'intimée interjette appel de cette décision devant la Cour provinciale du Québec et l'appelante loge un appel incident. Par jugement en date du 30 novembre 1987, la Cour provinciale accueille l'appel de l'intimée et rejette l'appel incident de l'appelante. Elle rétablit les valeurs de l'unité d'évaluation de l'usine de l'appelante pour les rôles des années 1981 et 1982 au niveau fixé par les avis de modification du rôle émis par l'intimée et fixe à 10 231 902 \$ la valeur de l'unité d'évaluation de l'usine pour l'année 1984.

Le 17 décembre 1987, l'appelante interjette appel de ce jugement devant la Cour d'appel du Québec. Par jugement unanime en date du 10 septembre 1991, la Cour d'appel rejette l'appel de l'appelante et confirme la décision de la Cour provinciale.

II—Les dispositions législatives

À l'époque pertinente, les art. 1 et 31 L.F.M. se lisaient ainsi:

1. In this act, unless the context indicates otherwise,

“immoveable” means an immoveable by nature within the meaning of the Civil Code or a moveable object placed by anyone for a permanency in or on an immoveable by nature;

31. Subject to the provisions of this act, the immoveables situated in the territory of a municipal corporation must be entered on the roll of the municipal corporation.

Additionally, s. 65(1) provided:

65. The following immoveables are not to be entered on the roll:

(1) machines, apparatus and their accessories used mainly for purposes of industrial production or farming operations, or intended for that use and not designed to provide a service to land or a building, taking into account the actual or intended use of the land or building;

III—Judgments

Bureau de révision de l'évaluation foncière, [1985] B.R.E.F. 471

After referring to several earlier decisions, the BREF examined the definition of the word “immoveable” in s. 1 A.M.T. and noted that the only reference to the *Civil Code* concerned immoveables by nature. It was of the view that the word “immoveable” within the meaning of the Act includes, at the very least, land and buildings within the meaning of the *Civil Code*, but that s. 1 A.M.T. [TRANSLATION] “is an ‘original’ definition for the purposes of a particular statute and must be seen, interpreted and applied as such” (p. 485). The BREF further noted that the only time the notion of “building” comes into play is with respect to the exception contained in s. 65(1) A.M.T., where the question is whether the purpose of “machines, apparatus and their accessories” is to provide a service to a “building”. It referred to *Ville de Saint-Romuald d'Etchemin v. Ultramar Canada Inc.*, [1985] C.P. 212, affirming [1980-1984] B.R.E.F. 883, where the word “building” as used in s. 65(1) A.M.T. was given its ordinary meaning. Summarizing the mechanism for giving

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

«immeuble»: un immeuble par nature au sens du Code civil ou un objet mobilier placé à perpétuelle demeure par n'importe qui sur ou dans un immeuble par nature;

31. Sous réserve des dispositions de la présente loi, les immeubles situés dans le territoire d'une corporation municipale sont portés à son rôle.

Par ailleurs, le par. 65(1) disposait:

65. Ne sont pas portés au rôle les immeubles suivants:

1^o une machine, un appareil et leurs accessoires utilisés principalement à des fins de production industrielle ou d'exploitation d'une ferme, ou destinés à être ainsi utilisés, et qui n'ont pas pour objet d'assurer un service à un terrain ou à un bâtiment, compte tenu de l'utilisation qui est faite de celui-ci ou à laquelle il est destiné;

III—Les jugements

Le Bureau de révision de l'évaluation foncière, [1985] B.R.E.F. 471

Après s'être référé à plusieurs décisions antérieures, le BREF examine la définition du mot «immeuble» prévue à l'art. 1 L.F.M. et note que la seule référence au *Code civil* se fait en regard des immeubles par nature. Il estime que le terme «immeuble» au sens de la Loi comprend, à tout le moins, les fonds de terre et les bâtiments au sens du *Code civil* mais que l'art. 1 L.F.M. «constitue une définition «originale» pour les fins d'une loi particulière et elle doit donc être perçue, interprétée et appliquée comme telle» (p. 485). Par ailleurs, le BREF note que le seul moment où la notion de «bâtiment» intervient dans le cadre du litige se situe au niveau de l'exception prévue au par. 65(1) L.F.M., où il faut se demander si, s'agissant d'une «machine, un appareil et leurs accessoires», ils ont pour objet d'assurer un service à un «bâtiment». Il réfère à l'affaire *Ville de Saint-Romuald d'Etchemin c. Ultramar Canada Inc.*, [1985] C.P. 212, confirmant [1980-1984] B.R.E.F. 883, où le mot «bâtiment» tel qu'utilisé dans le par. 65(1) L.F.M. a été interprété selon son sens

effect to s. 65(1) A.M.T., the BREF wrote (at p. 489):

[TRANSLATION] In the *Act respecting Municipal Taxation*, and in particular s. 65, there are the following concepts including that of “building”. They merge, complement and clarify each other by the limitations they impose on each other, on their own understanding. Thus:

(1) the *unit of assessment* brings together all parts of the immoveable property,

(2) the *immoveables* are in general immoveables by nature (land and buildings) and moveable property covered by the definition in s. 1 A.M.T. . . .

(3) the *moveable objects* referred to in s. 1 A.M.T. are the “machines, apparatus and their accessories” described in s. 65 and the others which make up the concept of an immoveable by destination but which the *Act respecting Municipal Taxation* has broadened.

That is why, in applying s. 65 A.M.T., we must be aware that references to general statutes and judgments based on them may mislead us by causing us to forget the special characteristics of the *Act respecting Municipal Taxation*, which is the statute we must apply here. [Emphasis in original.]

The BREF added that s. 65(1) A.M.T. makes essential distinctions between the words “immoveables”, “machines”, “apparatus”, “accessories”, “land” and “building”, distinctions which do not exist as such in the *Civil Code* (at p. 489):

[TRANSLATION] The particular context we are dealing with in the *Act respecting Municipal Taxation* is further characterized by the fact that s. 65 requires us to look at the situation in terms of *industrial production*, which already takes the discussion onto a special and specific level which the cases applying the *Civil Code* quite properly do not always take into account. [Emphasis in original.]

The BREF further noted that while buildings within the meaning of the *Civil Code* must generally be entered on the roll as they are immoveables by nature, such buildings may nevertheless constitute “machines”, “apparatus” and “accessories” within the meaning of s. 65 A.M.T., [TRANSLA-

commun. Résumant le mécanisme d’application du par. 65(1) L.F.M., le BREF écrit (à la p. 489):

Dans la *Loi sur la fiscalité municipale*, notamment à son article 65, on retrouve donc les concepts suivants dont celui de bâtiment. Ils se regroupent, se complètent et se nuancent les uns les autres par les limitations qu’ils imposent entre eux, à leur propre compréhension. Donc:

1) l’*unité d’évaluation* regroupe l’ensemble d’éléments qui sont tous des immeubles,

2) les *immeubles* sont globalement, les immeubles par nature (terrains et bâtiments) et les objets mobiliers que la définition de l’article 1 L.F.M. vise. . .

3) les *objets mobiliers* visés à l’art. 1 L.F.M. sont les «machine, appareil et leurs accessoires» décrits à l’article 65 et les autres qui participent du concept de l’immeuble par destination mais que la *Loi sur la fiscalité municipale* a élargi.

Voilà pourquoi, au moment d’appliquer l’art. 65 L.F.M., il nous faut être conscient que des références à des lois générales et à des jugements qui reposent sur elles peuvent nous induire en erreur en nous faisant oublier les particularités qui font la subtilité de la *Loi sur la fiscalité municipale* qui est la loi que nous devons appliquer en l’espèce. [En italique dans l’original.]

Le BREF ajoute que le par. 65(1) L.F.M. établit des distinctions essentielles entre les mots «immeubles», «machine», «appareil», «accessoires», «terrain» et «bâtiment», ces distinctions n’existant pas comme telles dans le *Code civil* (à la p. 489):

Le contexte particulier dans lequel nous nous trouvons dans la *Loi sur la fiscalité municipale* est encore caractérisé davantage par le fait que son article 65 nous contraint à regarder le tout dans le cadre d’une *production industrielle*, ce qui déjà, nous transporte sur un plan tout à fait particulier et spécifique que la jurisprudence appliquant le *Code civil* ne considère pas toujours, à bon droit d’ailleurs. [En italique dans l’original.]

Par ailleurs, le BREF souligne que si les bâtiments au sens du *Code civil* doivent généralement être portés au rôle car ils sont des immeubles par nature, de tels bâtiments peuvent néanmoins constituer des «machines», «appareils» et «accessoires» au sens de l’art. 65 L.F.M., «perdant alors leur

TION] “thereby losing their identification as a *building* and assuming that of machines, and so on, which will circumscribe, define or limit the meaning of the word ‘*building*’ in the *Act respecting Municipal Taxation*” (p. 490). (Emphasis in original.) Being of the view that, under the Act, immovable property providing a service to a machine or an apparatus can be its accessory, and at the same time provide a service to land or a building, the BREF referred to the criteria set out in *Ultramar Canada Inc., supra*.

Applying these criteria to the 41 items entered on the respondent’s assessment roll for 1981, 1982 and 1984, the BREF kept on the roll 20 structures which were part of the old plant as these were not used for purposes of industrial production on the dates covered by the complaints, there being no specific evidence as to their intended use. The BREF concluded that the 21 structures making up the new plant and the industrial complex were, for the most part, used, wholly or partly, to carry out the processing of the raw material. It completely excluded from the roll 8 structures in the new plant, kept 7 in their entirety and partly excluded 6. It thus reduced the value of the unit of assessment for the appellant’s new plant for 1981, 1982 and 1984.

Provincial Court (Québec, No. 200-02-007252-853, November 30, 1987), J.E. 88-149

Judge Gagnon stated the issue as follows (at p. 3):

[TRANSLATION] The fundamental point at issue here is as follows: does the exemption contained in s. 65(1) of the Act respecting Municipal Taxation, which provides for the exclusion from the roll of machines, apparatus and their accessories when they are used or intended for use in industrial production and not designed to provide a service to land or a building, apply to all or part of the structures or facilities making up the industrial complex referred to by the respondent as the *new plant*. [Emphasis in original.]

identification de *bâtiment* au profit de celle de machine etc. . . qui vient circonscrire, cerner, ou restreindre le sens du mot «*bâtiment*» dans la *Loi sur la fiscalité municipale*» (p. 490). (En italique dans l’original.) Tout en estimant que la Loi permet de considérer qu’un immeuble assurant un service à une machine ou à un appareil puisse en être l’accessoire et, simultanément, assurer un service à un terrain ou un bâtiment, le BREF rappelle les critères énoncés dans l’affaire *Ultramar Canada Inc.*, précitée.

Appliquant ces critères aux 41 éléments inscrits au rôle d’évaluation de l’intimée pour les années 1981, 1982 et 1984, le BREF maintient la présence au rôle de 20 éléments qui sont des constructions de l’ancienne usine, celles-ci n’ayant pas été utilisées à des fins de production industrielle aux dates couvertes par les plaintes, leur destination n’ayant, par ailleurs, fait l’objet d’aucune preuve précise. Quant aux 21 éléments constituant la nouvelle usine, le BREF conclut que la plupart des constructions qui constituent ce complexe industriel sont utilisées, en totalité ou partiellement, pour la réalisation du processus de transformation de la matière première. Il exclut totalement du rôle 8 éléments constituant la nouvelle usine, en maintient 7 en totalité et en exclut 6 partiellement. Il réduit en conséquence la valeur de l’unité d’évaluation de la nouvelle usine de l’appelante pour les années 1981, 1982 et 1984.

La Cour provinciale (Québec, n° 200-02-007252-853, le 30 novembre 1987), J.E. 88-149

Le juge Gagnon formule la question en litige comme suit (à la p. 3):

La question fondamentale qui fait l’objet du litige est la suivante: L’exclusion prévue à l’article 65(1) de la Loi sur la fiscalité municipale décrétant l’exclusion du rôle des machines, appareils et leurs accessoires lorsqu’ils sont utilisés ou destinés à être utilisés pour la production industrielle et qu’ils n’ont pas pour objet d’assurer un service à un terrain ou bâtiment, s’applique-t-elle à la totalité ou à une partie des constructions ou structures qui constituent le complexe industriel désigné sous le vocable de *nouvelle usine* par l’intimée. [En italique dans l’original.]

After summarizing the BREF's decision and the arguments of the parties, Judge Gagnon gave an historical account of the legislation on real estate taxation of machinery. He noted that s. 65 A.M.T. is much more restrictive than its predecessor, s. 12 of the *Real Estate Assessment Act*, R.S.Q. 1977, c. E-16 (formerly S.Q. 1971, c. 50). In his view, for immovable property to be covered by the exception contained in s. 65(1) A.M.T. and excluded from the roll, three requirements must be met (at p. 27):

[TRANSLATION] 1. It must be a machine, apparatus or accessory of a machine or apparatus.

2. The machine, apparatus or accessory must be used mainly for purposes of industrial production or farming operations, or intended for that use.

3. The machine, apparatus or accessory must not be designed to provide a service to land or a building.

Judge Gagnon then referred to *Bélaïr v. Ville de Ste-Rose* (1922), 63 S.C.R. 526, *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont* (1932), 53 Que. K.B. 133 (P.C.), and *Bell Telephone Co. of Canada v. Ville St-Laurent* (1935), 60 Que. K.B. 101 (P.C.), and noted that the terms "machine", "apparatus" and "accessory" are not defined in the Act. He then asked the following question (at p. 30):

[TRANSLATION] Should we conclude that the machines and apparatus, the value of which cannot be entered on the roll, can equally well be immovables by nature and moveable property placed by anyone for a permanency on an immovable by nature?

After quoting the dictionary definitions of the terms "machine", "apparatus" and "accessory", Judge Gagnon rejected the approach taken by the BREF and examined ss. 63(2) and 65(6) A.M.T. In his view, these provisions show that if the legislature had intended to give the word "building" in s. 65(1) a different meaning from that in the *Civil Code*, it would have done so expressly. He, therefore, concluded that this term has the meaning given to it by art. 376 C.C., and that [TRANSLATION] "the machines and apparatus falling within the exception in s. 65(1) and not to be entered on

Après avoir résumé la décision du BREF et les arguments des parties, le juge Gagnon procède à un historique de la législation relative à l'imposition foncière de la machinerie. Il souligne ainsi que l'art. 65 L.F.M. est beaucoup plus restrictif que son prédécesseur, l'art. 12 de la *Loi sur l'évaluation foncière*, L.R.Q. 1977, ch. E-16 (auparavant L.Q. 1971, ch. 50). Selon lui, pour qu'un immeuble soit visé par l'exception prévue au par. 65(1) L.F.M. et exclu du rôle, trois conditions sont nécessaires (à la p. 27):

1. Ce doit être une machine, un appareil ou un accessoire d'une machine ou d'un appareil.

2. Cette machine, cet appareil ou cet accessoire doit être utilisé principalement à des fins de production industrielle ou d'exploitation d'une ferme ou destiné à être ainsi utilisé.

3. Cette machine, cet appareil ou cet accessoire ne doit pas avoir pour objet d'assurer un service à un terrain ou à un bâtiment.

Le juge Gagnon se réfère ensuite aux affaires *Bélaïr c. Ville de Ste-Rose* (1922), 63 R.C.S. 526, *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. City of Outremont* (1932), 53 B.R. 133 (C.P.), et *Bell Telephone Co. of Canada c. Ville St-Laurent* (1935), 60 B.R. 101 (C.P.), et note que les termes «machine», «appareil» et «accessoire» ne sont pas définis dans la Loi. Il pose alors la question suivante (à la p. 30):

Doit-on conclure que les machines et appareils dont la valeur ne peut être portée au rôle, pourraient être aussi bien des immeubles par nature que des biens meubles placés à perpétuelle demeure par n'importe qui sur un immeuble par nature?

Après avoir cité les définitions des termes «machine» «appareil» et «accessoire» tirées du dictionnaire, le juge Gagnon rejette l'approche du BREF et fait état des par. 63(2) et 65(6) L.F.M. Selon lui, ces dispositions démontrent que si le législateur avait voulu donner au mot «bâtiment» du par. 65(1) un sens différent de celui du *Code civil*, il l'aurait fait expressément. Il estime donc que ce terme a le sens que lui donne l'art. 376 C.c., et que «les machines et appareils qui entrent dans le cadre de l'exception de l'article 65(1) et n'ont pas à être portés au rôle, sont des objets mobiliers

the roll are moveable objects attached by anyone for a permanency to an immovable by nature” (p. 34). Judge Gagnon was of the opinion that the term “accessory” means a non-essential part which [TRANSLATION] “can be added to a machine or apparatus to make it more efficient, safer or to enable it to carry out different types of work or processing in the industrial process” (p. 34). He noted that certain concrete supports, stands or bases on which machines or apparatus rest can be immovables by nature or parts thereof, but that they could not at the same time be “accessories” exempted from the roll for the purposes of s. 65(1) A.M.T., as an immovable by nature cannot be the accessory of an immovable by destination.

Applying these principles to the items in the unit of assessment of the appellant’s new plant, Judge Gagnon restored the values of the unit of assessment of the appellant’s plant for the 1981 and 1982 rolls to the level set by the notices amending the roll issued by the respondent, and set the plant’s unit of assessment value for 1984 at \$10,231,902.

Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 2757 (Nichols, Tourigny and Chevalier J.J.A.)

After citing s. 65(1) A.M.T., Nichols J.A. for the court summarized the BREF’s decision as follows (at p. 2759):

[TRANSLATION] The B.R.E.F. found that most of the components of the unit of assessment were covered by this exception. In its view, the provision applies not only to moveable property which becomes immovable by destination but also to immovables by nature when it is shown that they are used mainly for industrial production and are not designed to provide a service to land or a building.

He gave an historical account of the legislation and referred to the Court of Appeal’s decision in *Cité de St-Romuald d’Etchemin v. Golden Eagle Canada Ltd.*, [1980] C.A. 74, to illustrate the problem presented by the definition of the word “building” in the *Real Estate Assessment Act*. He noted that this definition was not the definition of the general law and that, by virtue of it, even if they

attachés à perpétuelle demeure par n’importe qui à un immeuble par nature» (p. 34). Quant au terme «accessoire», le juge Gagnon est d’avis que ce mot vise une pièce non indispensable qui «peut être ajouté[e] à une machine ou à un appareil pour le rendre plus efficace, plus sécuritaire ou pour lui faire réaliser des travaux ou des transformations différentes dans le processus industriel» (p. 34). Il souligne que certains supports, socles ou bases de béton sur lesquels reposent des machines ou appareils peuvent être immeubles par nature ou des parties d’immeubles par nature mais qu’ils ne sauraient être, en même temps, des «accessoires» exemptés du rôle aux fins du par. 65(1) L.F.M., un immeuble par nature ne pouvant constituer l’accessoire d’un immeuble par destination.

Appliquant ces principes aux éléments composant l’unité d’évaluation de la nouvelle usine de l’appelante, le juge Gagnon rétablit les valeurs de l’unité d’évaluation de l’usine de l’appelante pour les rôles des années 1981 et 1982 au niveau fixé par les avis de modification du rôle émis par l’intimée et fixe à 10 231 902 \$ la valeur de l’unité d’évaluation de l’usine pour l’année 1984.

La Cour d’appel, [1991] R.J.Q. 2757 (les juges Nichols, Tourigny et Chevalier)

Après avoir cité le par. 65(1) L.F.M., le juge Nichols, au nom de la cour, résume ainsi la décision du BREF (à la p. 2759):

Le B.R.E.F. a décidé que la plupart des éléments de l’unité d’évaluation étaient visés par cette exception. Selon lui, ce texte ne s’adresse pas seulement aux biens mobiliers devenus immeubles par destination mais également aux immeubles par nature lorsqu’il est démontré que ceux-ci servent principalement à la production industrielle et qu’ils n’ont pas pour objet d’assurer un service à un terrain ou un bâtiment.

Il procède à l’historique de la législation et rappelle la décision de la Cour d’appel dans l’affaire *Cité de St-Romuald d’Etchemin c. Golden Eagle Canada Ltd.*, [1980] C.A. 74, afin d’illustrer le problème posé par la définition du mot «bâtiment» dans la *Loi sur l’évaluation foncière*. Il note que cette définition n’était pas celle du droit commun et qu’elle faisait en sorte que, même immeubles

were immovable by nature, the only taxable buildings were those falling within this specific definition. In this regard Nichols J.A. was of the view that the fact that the *Act respecting Municipal Taxation* does not adopt this definition and that it also consolidates the definitions which the old law gave to the words "immovable" and "immovable by destination" provides an indication of the thrust of the new Act. After analyzing ss. 31 and 32 A.M.T., Nichols J.A. concluded that the word "building" could not be given a precise meaning which the Act did not give it (at p. 2763):

[TRANSLATION] Since the definition of the word "immovable" refers to the *Civil Code of Lower Canada* meaning in the case of an immovable by nature and art. 376 of the *Civil Code of Lower Canada* includes in immovables by nature "(l)ands and buildings", it clearly follows that the word "building", used in s. 32 of the *Act respecting Municipal Taxation*, cannot, in the absence of a different definition, refer to anything but a "building" provided for in art. 376, that is the building known to the general law.

The same word cannot have a different meaning when it is found in s. 65 A.M.T.

Further, Nichols J.A. could not subscribe to the Provincial Court's decision in *Ultramar Canada Inc.*, *supra*, relied on by the BREF. In his view, it is not relevant to establish whether an immovable by nature can become a machine or a machine can become something other than an immovable by destination. He, accordingly, considered that the wording of s. 65(1) A.M.T. leaves no room for interpretation and that the word "building" can have no meaning other than that deriving from the definition of the word "immovable", that is the meaning it has in the general law. In this connection, he wrote (at p. 2765):

[TRANSLATION] If the legislature had intended that buildings, which are immovables by nature within the meaning of the *Civil Code of Lower Canada*, could become machines and apparatus or accessories thereof for purposes of the exception, it should have giving the word a definition different from the general law one.

I accordingly conclude that the Provincial Court judgment is correct and the B.R.E.F.'s interpretation wrong.

par nature, les seuls bâtiments taxables étaient ceux répondant à cette définition spécifique. À cet égard, le juge Nichols estime que le fait que la *Loi sur la fiscalité municipale* ne reprenne pas cette définition, et qu'elle consolide également les définitions que l'ancienne loi donnait des mots «immeuble» et «immeuble par destination» permet de saisir l'esprit de la nouvelle loi. Suite à une analyse des art. 31 et 32 L.F.M., le juge Nichols conclut que le mot «bâtiment» ne saurait y avoir un sens précis que la loi ne lui donne pas (à la p. 2763):

Puisque la définition du mot «immeuble» réfère au sens du *Code civil du Bas Canada* dans le cas d'un immeuble par nature et que l'article 376 du *Code civil du Bas Canada* inclut dans les immeubles par nature «(l)es fonds de terre et les bâtiments», il suit de toute évidence que le mot «bâtiment» utilisé à l'article 32 de la *Loi sur la fiscalité municipale*, ne peut, en l'absence de définition différente, se référer à autre chose qu'un «bâtiment» prévu à l'article 376, c'est-à-dire au bâtiment tel que connu en droit commun.

Le même mot ne peut avoir un sens différent lorsqu'on le retrouve à l'article 65 L.F.M.

Par ailleurs, le juge Nichols ne peut souscrire à la décision de la Cour provinciale dans l'affaire *Ultramar Canada Inc.*, précitée, sur laquelle s'est appuyée le BREF. Selon lui, il n'est pas pertinent d'établir si un immeuble par nature peut devenir une machine ou si une machine peut devenir autre chose qu'un immeuble par destination. Il estime ainsi que le texte du par. 65(1) L.F.M. ne laisse aucune place à interprétation et que le mot «bâtiment» ne pourrait avoir un sens autre que celui qui découle de la définition du mot «immeuble», soit le sens qu'il a en droit commun. À cet égard, il écrit (à la p. 2765):

Si le législateur avait voulu que des bâtiments, immeubles par nature au sens du *Code civil du Bas Canada*, puissent devenir des machines et appareils ou des accessoires de ceux-ci aux fins de l'exception, il aurait fallu qu'il donne de ce mot une définition différente de celle du droit commun.

J'en conclus que le jugement de la Cour provinciale est bien fondé et que l'interprétation du B.R.E.F. est erronée.

The Court of Appeal accordingly upheld the findings of the Provincial Court and dismissed the appeal.

IV—Issue

The only issue in this Court, as in the lower courts, is whether the exemption provided for by s. 65(1) A.M.T. applies only to moveable property as defined in s. 1 A.M.T., excluding buildings within the meaning of the *Civil Code*.

V—Analysis

In my opinion, when legislation is to be interpreted it is worth beginning by looking, however briefly, at its background. By clarifying the specific nature of s. 65(1) A.M.T., this approach will place the judgments of the Court of Appeal and the Provincial Court in their particular context and clarify the issues involved here.

(a) *Background*

Prior to the adoption of the *Real Estate Assessment Act*, S.Q. 1971, c. 50, the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193, provided that machinery and accessories were taxable. Section 488 read in part as follows:

488. The taxable immoveables in the municipality shall comprise lands, constructions and work-shops erected thereon and all improvements made thereto, as well as machinery and accessories which are immovable by destination or which would be so if they belonged to the owner of the real property.

Under the second paragraph, the municipal council could order, by by-law, that “the machinery and accessories which are immovable by destination, or which would be so if they belonged to the owner of the real property, are not immovables taxable in the municipality”. However, the municipalities governed by the *Municipal Code* enjoyed no latitude, as machinery was not an immovable taxable thereunder. In *Richmond Pulp & Paper Co. of Canada v. Town of Bromptonville*,

En conséquence, la Cour d’appel maintient les conclusions de la Cour provinciale et rejette l’appel.

^a IV—La question en litige

La seule question en litige devant nous, comme devant les instances inférieures, consiste à déterminer si l’exemption prévue par le par. 65(1) L.F.M. ne s’applique qu’aux seuls biens mobiliers tels que définis à l’art. 1 L.F.M., à l’exclusion des bâtiments au sens du *Code civil*.

^c V—Analyse

À mon avis, lorsqu’il s’agit d’interpréter une disposition législative, il est utile de débiter par un examen, si bref soit-il, de son historique. En permettant de cerner la spécificité du par. 65(1) L.F.M., cette démarche replacera les jugements de la Cour d’appel et de la Cour provinciale dans le contexte qui leur est propre tout en éclairant les enjeux ici en cause.

^a *L’historique*

Avant l’adoption de la *Loi sur l’évaluation foncière*, L.Q. 1971, ch. 50, la *Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, ch. 193, prévoyait que les machineries et accessoires étaient imposables. L’article 488 se lisait en partie ainsi:

488. Les immeubles imposables dans la municipalité comprennent les terrains, les constructions et les usines qui y sont érigées et toutes améliorations qui y ont été faites, de même que les machineries et accessoires qui sont immeubles par destination ou qui le seraient, s’ils appartenaient au propriétaire du fonds.

En vertu du deuxième alinéa, le conseil municipal pouvait décréter, par règlement, que «les machineries et accessoires qui sont immeubles par destination, ou qui le seraient s’ils appartenaient au propriétaire du fonds, ne sont pas des immeubles imposables dans la municipalité». Toutefois, les municipalités régies par le *Code municipal* ne jouissaient d’aucune latitude, les machineries n’étant pas des immeubles imposables sous son empire. Dans l’affaire *Richmond Pulp & Paper*

[1970] S.C.R. 453, Pigeon J. noted the disparity between these two systems (at p. 455):

Since 1959 however, by virtue of the amendment enacted by s. 7 of the Act 7-8 Eliz. II, c. 19, municipalities governed by the *Cities and Towns Act* are authorized to order by by-law that machinery and accessories "are not immoveables taxable in the municipality". In this regard, it must be noted that in Quebec machinery is taxable property under the *Cities and Towns Act* only. It is not such under the *Municipal Code* nor, for the greater part, in Montreal including the whole metropolitan area (*The Protestant School Board of Greater Montreal v. Jenkins Bros Ltd.*, [1967] S.C.R. 739).

In 1972, the *Real Estate Assessment Act* deprived the municipal councils of cities and towns of their discretion to tax machinery by standardizing real estate assessment rules. In 1979, s. 8 read as follows:

8. Except where otherwise provided by this act, all immoveables must be entered on the roll and be entered at their actual value on 1 January preceding the deposit of the roll. Subject to the exemptions provided in this act, the immoveables entered on the roll are taxable.

However, s. 12 imposed a requirement that certain immovable property should not be entered on the roll, and then set out exceptions. This provision stated:

12. Immoveables intended or used principally for research, business, industry, prevention or reduction of noise, fighting water, air or soil pollution or for the operation of a farm or woodlot shall not be entered on the roll, except the following:

(a) lots and buildings excluding the buildings used mainly to fight pollution and the underlying land;

(b) roads other than railroads, whether paved or not, bridges, tunnels, fences and other works forming part of them;

Co. of Canada c. Ville de Bromptonville, [1970] R.C.S. 453, le juge Pigeon faisait état de la disparité existant entre ces deux régimes (à la p. 455):

Depuis 1959 toutefois, les municipalités régies par la *Loi des cités et villes* ont, en vertu de la modification édictée par l'art. 7 de la loi 7-8 Eliz. II, c. 19, le pouvoir de décréter par règlement que les machineries et accessoires «ne sont pas des immeubles imposables dans la municipalité». À ce sujet, il convient de signaler que ce n'est que sous le régime de la *Loi des cités et villes* que les machineries sont des immeubles imposables au Québec. Elles ne le sont pas en vertu du *Code municipal* et, pour la plupart, elles ne le sont pas non plus à Montréal y compris toute la région métropolitaine (*Le Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Jenkins Bros. Ltd.*, [1967] R.C.S. 739).

En 1972, la *Loi sur l'évaluation foncière* venait soustraire aux conseils municipaux des cités et villes leur discrétion relative à l'imposition de la machinerie par le biais d'une uniformisation des règles d'évaluation foncière. En 1979, l'art. 8 se lisait ainsi:

8. Sauf dispositions contraires de la présente loi, tous les immeubles doivent être inscrits au rôle et ils doivent l'être à leur valeur réelle le premier janvier précédant le dépôt de ce rôle. Sous réserve des exemptions prévues dans la présente loi, les immeubles portés au rôle sont imposables.

Toutefois, l'art. 12 imposait l'obligation de ne pas porter au rôle certains immeubles, pour ensuite énoncer les exceptions. Cette disposition stipulait:

12. Ne sont pas portés au rôle les immeubles destinés ou utilisés principalement à des fins de recherche, de commerce, d'industrie, de prévention ou de réduction du bruit, de lutte contre la pollution de l'eau, de l'air ou du sol ou d'exploitation d'une ferme ou d'un boisé, sauf les suivants:

a) les terrains et les bâtiments à l'exclusion des bâtiments utilisés principalement pour la lutte contre la pollution du terrain sous-jacent;

b) les voies de communication non ferrées, pavées ou non, ainsi que les ponts, tunnels, clôtures et autres ouvrages qui en font partie;

(c) fences, sidewalks, drains and other structures for surface arrangement unless the immoveables are situated on a farm or woodlot contemplated by section 21;

(d) apparatus, devices, equipment and systems to ensure service to a building and forming part of it, excluding machinery and equipment for handling purposes other than elevators, lifts, escalators and moving sidewalks;

(e) radio and television station towers and antennae;

(f) other immoveables forming part of a waterworks or sewer system, a system for the transport or distribution of liquid or solid matter, or a gas transport system of an undertaking which does not distribute gas to consumers in Québec.

Additionally, s. 1 defined the following terms as follows:

(a) "immoveable": an immoveable by nature within the meaning of the Civil Code, or an immoveable by destination;

(b) "immoveable by destination": any moveable thing placed for a permanency by any person on or in an immoveable by nature;

(u) "building": a structure intended to lodge persons, animals or things;

On December 21, 1979, the Quebec legislature enacted Bill 57 on municipal taxation, the *Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1, introduced by the *Act respecting Municipal Taxation and providing Amendments to Certain Legislation*, S.Q. 1979, c. 72, to take effect for the purposes of all municipal fiscal periods, beginning with the fiscal period 1980. While maintaining the principle that all immoveables should be entered on the roll (s. 31), the new Act set out limited exceptions to the general rule. I reproduce s. 65 for convenience:

65. The following immoveables are not to be entered on the roll:

(1) machines, apparatus and their accessories used mainly for purposes of industrial production or farming operations, or intended for that use and not designed to provide a service to land or a building, taking into

c) les clôtures, trottoirs, drains et autres constructions d'aménagement du sol sauf si les immeubles sont situés sur une ferme ou un boisé visés à l'article 21;

d) les appareils, dispositifs, équipements et systèmes assurant le service d'un bâtiment et faisant corps avec lui, à l'exclusion de la machinerie et des équipements de manutention autres que les ascenseurs, monte-charge, escaliers roulants et trottoirs roulants;

e) les tours et antennes des stations de radiodiffusion et de télévision;

f) les autres immeubles faisant partie soit d'un réseau d'aqueduc ou d'égout, soit d'un réseau de transport ou de distribution de matière liquide ou solide, soit d'un réseau de transport de gaz d'une entreprise qui n'en fait pas la distribution au consommateur au Québec.

Par ailleurs, l'art. 1 définissait ainsi les termes suivants:

a) «immeuble»: un immeuble par nature au sens du Code civil ou un immeuble par destination;

b) «immeuble par destination»: un objet mobilier placé à perpétuelle demeure par n'importe qui sur ou dans un immeuble par nature;

u) «bâtiment»: une construction destinée à loger des personnes, des animaux ou des choses;

Le 21 décembre 1979, le législateur québécois adoptait le projet de loi 57 sur la fiscalité municipale, la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1, introduite par la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, L.Q. 1979, ch. 72, prenant effet aux fins de tout exercice financier municipal à compter de celui de 1980. Tout en maintenant le principe de l'inscription au rôle de tous les immeubles (art. 31), la nouvelle loi est venue limiter les cas d'exceptions à la règle générale. Je reproduis l'art. 65 pour fins de commodité:

65. Ne sont pas portés au rôle les immeubles suivants:

1° une machine, un appareil et leurs accessoires utilisés principalement à des fins de production industrielle ou d'exploitation d'une ferme, ou destinés à être ainsi utilisés, et qui n'ont pas pour objet d'assurer un service

account the actual or intended use of the land or building;

(2) mobile equipment mainly used for industrial or transport purposes, or intended for that use;

(3) ore within the meaning of the Mining Act;

(4) galleries, shafts, excavations, tunnels, or the equipment of underground or open mines;

(5) reserves of raw materials in peat-bogs, quarries and sandpits;

(6) a railway, bridge, tunnel, fence or other works forming part thereof, intended for the operation of a railway undertaking, except the land forming the bed of such an immovable and a structure intended to lodge persons, shelter animals or store things;

(7) a dam, embankment, a flume or other works intended for driving timber or for conveying timber to a mill or a wood processing plant;

(8) an access road to forest or mining operations.

Further, the definition of the word "building" was not incorporated into the body of s. 1. That provision incorporated in the definition of the word "immovable" the old definition of the term "immovable by destination" as set out in para. (b) of s. 1 of the *Real Estate Assessment Act*:

1. In this act, unless the context indicates otherwise,

"immovable" means an immovable by nature within the meaning of the Civil Code or a moveable object placed by anyone for a permanency in or on an immovable by nature;

This brief historical review invites three comments, in my view. First, it seems quite clear that the introductory paragraph of s. 12 of the *Real Estate Assessment Act* was broader in scope than s. 65 A.M.T. While it excluded from the roll immovable property intended or used mainly for industrial purposes, it also included immovable property used or intended for research, business,

à un terrain ou à un bâtiment, compte tenu de l'utilisation qui est faite de celui-ci ou à laquelle il est destiné;

^a 2° le matériel roulant utilisé principalement à des fins d'industrie ou de transport, ou destiné à être ainsi utilisé;

3° le minerai au sens de la Loi sur les mines;

^b 4° une galerie, un puits, une excavation, un tunnel ou l'équipement d'une mine souterraine ou à ciel ouvert;

5° une réserve de matière première dans une tourbière, une carrière ou une sablière;

6° une voie ferrée, un pont, un tunnel, une clôture ou un autre ouvrage qui en fait partie, destiné à l'exploitation d'une entreprise de chemin de fer, à l'exclusion du terrain qui sert d'assiette à un tel immeuble et d'une construction destinée à loger ou abriter des personnes, des animaux ou des choses;

^d 7° un barrage, une estacade, une dalle ou un autre ouvrage destiné au flottage du bois ou à son acheminement vers une usine de sciage ou de transformation;

^e 8° un chemin d'accès à une exploitation forestière ou minière.

D'autre part, la définition du mot «bâtiment» n'a pas été reprise dans le corps de l'art. 1. Cette disposition a, par ailleurs, intégré dans la définition du mot «immeuble» l'ancienne définition du terme «immeuble par destination» telle qu'elle était énoncée à l'al. b) de l'art. 1 de la *Loi sur l'évaluation foncière*:

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

«immeuble»: un immeuble par nature au sens du Code civil ou un objet mobilier placé à perpétuelle demeure par n'importe qui sur ou dans un immeuble par nature;

Ce bref aperçu historique appelle, à mes yeux, trois remarques. En premier lieu, il m'apparaît incontestable que le paragraphe introductif de l'art. 12 de la *Loi sur l'évaluation foncière* était d'application plus large que l'art. 65 L.F.M. Tout en excluant du rôle les immeubles destinés ou utilisés principalement à des fins d'industrie, il englobait également ceux utilisés ou destinés à des fins

prevention or reduction of noise and fighting pollution. The new provision is thus more restrictive so far as exemptions are concerned (M. Poirier and J.-M. Lavoie, "La réforme de la fiscalité municipale: taxation et paiements de transfert" ^a (1981), 12 *R.D.U.S.* 141, at p. 156):

[TRANSLATION] It is important to note at the outset that the first paragraph of s. 12 of the *Real Estate Assessment Act* dealt with immovable property intended or used for research, business, industry, fighting water, air, soil or noise pollution or for the operation of a farm or woodlot. The relevant provisions of s. 65 of the *Act respecting Municipal Taxation* are limited to certain property used for purposes of industrial production, operation of a farm or transport only. Second, the new provisions completely reverse the rules that applied previously. Under s. 12 of the *Real Estate Assessment Act*, there was in principle no entry for immovable property intended or used principally for business, industry, fighting pollution or the operation of a farm or woodlot, apart from certain exceptions stated in the Act. Under ss. 31 and 65 of the *Act respecting Municipal Taxation*, such immovable property is in principle entered on the roll apart from the exceptions expressly mentioned in s. 65 of the Act. It goes without saying that these changes result in the taxing of much property which was not formerly taxed. The assessor enters such immovable property on the assessment roll and the new entries will be effective as of January 1, 1980. [Emphasis added.] ^b

(See also J.-M. Pâquet, "Les aspects juridiques", in Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, *La réforme de la fiscalité municipale* (1980), at p. 29; and L. Bélanger, "L'évaluation des immeubles industriels au Québec: les hauts et les bas de l'article 65 par. 1 de la Loi sur la fiscalité municipale" in *Développements récents en droit municipal* (1989), 151, at pp. 157-58.) ^c

There is, however, a certain continuity between these successive statutes. Thus, s. 12 of the *Real Estate Assessment Act* and s. 65(1) A.M.T. both refer to the concept of the principal use or intended use of the immovable property enjoying the exemption, which does not cover property provid-

de recherche, de commerce, de prévention ou de réduction de bruit et de lutte contre la pollution. Le nouveau texte est donc plus restrictif au chapitre des exemptions (M. Poirier et J.-M. Lavoie, «La réforme de la fiscalité municipale: taxation et paiements de transfert» (1981), 12 *R.D.U.S.* 141, à la p. 156):

Au départ, il est important de noter que le premier paragraphe de l'article 12 de la *Loi sur l'évaluation foncière* portait sur des immeubles destinés ou utilisés à des fins de recherche, de commerce, d'industrie, de lutte à la pollution de l'eau, de l'air, du sol ou par le bruit de même que ceux servant à l'exploitation d'une ferme ou d'un boisé. Les dispositions pertinentes de l'article 65 de la *Loi sur la fiscalité municipale* sont restreintes à certains biens utilisés à des fins de production industrielle, d'exploitation d'une ferme ou de transport seulement. En second lieu, les nouvelles dispositions législatives inversent totalement les règles qui prévalaient antérieurement. En vertu de l'article 12 de la *Loi sur l'évaluation foncière*, il y avait non inscription en principe des immeubles destinés ou utilisés principalement à des fins de commerce, d'industrie, de lutte à la pollution ou d'exploitation d'une ferme ou d'un boisé sauf certaines exceptions prévues par la loi. En vertu des articles 31 et 65 de la *Loi sur la fiscalité municipale*, ces immeubles sont, en principe, portés au rôle sauf les exceptions expressément mentionnées à l'article 65 de la Loi. Il va de soi que ces changements entraînent l'assujettissement à l'impôt foncier de nombreux biens qui ne l'étaient pas auparavant. L'évaluateur inscrira ces immeubles au rôle d'évaluation et ces nouvelles inscriptions auront effet à compter du 1^{er} janvier 1980. [Je souligne.] ^d

(Voir également J.-M. Pâquet, «Les aspects juridiques», dans Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, *La réforme de la fiscalité municipale* (1980), à la p. 29; et L. Bélanger, «L'évaluation des immeubles industriels au Québec: les hauts et les bas de l'article 65 par. 1 de la Loi sur la fiscalité municipale», dans *Développements récents en droit municipal* (1989), 151, aux pp. 157 et 158.) ^e

En revanche, une certaine continuité existe entre les lois successives. Ainsi, l'article 12 de la *Loi sur l'évaluation foncière* et le par. 65(1) L.F.M. réfèrent tous deux à la notion d'utilisation ou de destination principale des immeubles jouissant de l'exemption, celle-ci n'englobant pas les immeubles

ing a service to buildings. Unlike the old wording of the *Cities and Towns Act*, these two sections also exclude machinery from the assessment roll without referring to the term “immoveable by destination”, with s. 65(1) A.M.T. adding the term “apparatus” to the words “machines” and “accessories”. Moreover, like the *Cities and Towns Act* and the *Real Estate Assessment Act*, the *Act respecting Municipal Taxation* defines a moveable object placed for a permanency without the civil law requirement that it be placed for a permanency and belong to the owner of the immoveable by nature (*Banque d'Hochelega v. Waterous Engine Works Co.* (1897), 27 S.C.R. 406; *Bell Telephone Co. of Canada v. Ville St-Laurent*, *supra*; *Cité de Sherbrooke v. Commissaires d'écoles de Sherbrooke*, [1957] S.C.R. 476, and *Cablevision (Montreal) Inc. v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 2 S.C.R. 64). Seen from this standpoint, therefore, the successive statutes dispense with a criterion peculiar to the civil law.

Finally, and this is connected to the foregoing, an observation that the *Act respecting Municipal Taxation* reflects a legislative intent to subject to real estate tax several types of property not subject to tax under the *Real Estate Assessment Act* does not thereby remove the necessity of interpreting the legislative wording in its own particular context. Before analyzing the wording of s. 65(1), the Court of Appeal noted two changes which it considered important (at p. 2762):

[TRANSLATION] The first observation resulting from the wording of this new Act concerns the fact that the legislature did not reproduce the specific definition of the word “building”.

It is this definition which presented a problem and which led the courts to restrict considerably the municipal tax base by excluding from the roll all buildings not used to accommodate persons, animals or things.

Another special feature of this new Act (A.M.T.) results from the fact that the legislature saw fit to consolidate the definitions which the *Real Estate Assess-*

assurant un service aux bâtiments. Contrairement à l'ancien texte de la *Loi des cités et villes*, ces deux articles excluent également du rôle d'évaluation la machinerie sans référer au terme «immeuble par destination», le par. 65(1) L.F.M. ajoutant le terme «appareil» aux mots «machine» et «accessoires». Par ailleurs, à l'instar de la *Loi des cités et villes* et de la *Loi sur l'évaluation foncière*, la *Loi sur la fiscalité municipale* définit l'objet mobilier placé à perpétuelle demeure en écartant l'exigence du droit civil que celui-ci soit placé à perpétuelle demeure et appartienne au propriétaire de l'immeuble par nature (*Banque d'Hochelega c. Waterous Engine Works Co.* (1897), 27 R.C.S. 406; *Bell Telephone Co. of Canada c. Ville St-Laurent*, précité; *Cité de Sherbrooke c. Commissaires d'écoles de Sherbrooke*, [1957] R.C.S. 476, et *Cablevision (Montreal) Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 2 R.C.S. 64). Sous ce dernier angle, les lois successives s'écartent donc d'un critère qui est propre au droit civil.

Enfin, et ceci est lié à ce qui précède, un constat à l'effet que la *Loi sur la fiscalité municipale* traduit une volonté législative d'assujettir à l'impôt foncier plusieurs biens qui ne l'étaient pas sous le régime de la *Loi sur l'évaluation foncière* ne dispense pas, pour autant, d'interpréter les termes du législateur dans le contexte d'énonciation qui leur est propre. Avant d'aborder l'analyse du texte du par. 65(1), la Cour d'appel a fait état de deux modifications qu'elle jugeait importantes (à la p. 2762):

La première observation qu'inspire le texte de cette nouvelle loi vient de ce que le législateur n'a pas reproduit la définition spécifique du mot «bâtiment».

C'est cette définition qui posait problème et qui avait amené les tribunaux à restreindre considérablement l'assiette fiscale municipale en excluant du rôle tous les bâtiments qui ne servaient pas à loger des personnes, des animaux ou des choses.

Une autre particularité de cette nouvelle loi (L.F.M.) provient du fait que le législateur a jugé à propos de consolider les définitions que la *Loi sur l'évaluation*

ment Act gave of the words "immoveable" and "immoveable by destination".

foncière donnait des mots «immeuble» et «immeuble par destination».

In my view, these two premises must be borne in mind in analyzing s. 65(1) A.M.T., which gives rise to the divergent interpretations found in the decisions of the B.R.E.F. and the Provincial Court.

C'est à la lumière de ces deux prémisses qu'il faut à mon avis analyser l'article 65 paragraphe 1 L.F.M., qui donne lieu aux interprétations divergentes que mettent en évidence les décisions du B.R.E.F. et de la Cour provinciale.

With respect, I consider that these two changes cannot in themselves be conclusive as to the point at issue here. First, in my opinion no conclusion can be drawn from the fact that the legislature incorporated in the definition of the word "immoveable" the definition of "immoveable by destination" as set out in s. 1(b) of the *Real Estate Assessment Act*. That definition had already been consolidated by s. 1(a) of the same Act, in which the word "immoveable" was defined as including the concept of an "immoveable by destination". Further, the core of the matter is not to articulate a definition of the concept of a "building" in absolute terms, but rather to determine the meaning and scope of s. 65(1) A.M.T. with respect to the class of property covered by this exemption. Certainly, when a term used by the legislature is not otherwise defined, reference may be had to the reservoir of concepts contained in the *Civil Code* (*Bélair v. Ville de Ste-Rose*, *supra*; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Westmount*, [1926] S.C.R. 515; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont*, *supra*, and *Bell Telephone Co. of Canada v. Ville St-Laurent*, *supra*). However, this approach must not ignore the textual environment adopted by the legislature itself. In the case at bar, therefore, the most important question concerns the limits laid down by s. 65 A.M.T.

Avec égards, j'estime que ces deux modifications ne sauraient être, en soi, déterminantes pour ce qui est de la question ici en jeu. D'une part, aucune conclusion ne peut, à mon avis, être tirée du fait que le législateur ait intégré, dans la définition du mot «immeuble», la définition de ce qu'était «immeuble par destination» telle qu'énoncée à l'al. b) de l'art. 1 de la *Loi sur l'évaluation foncière*. Cette définition était déjà consolidée par l'al. 1a) de cette même loi, où le mot «immeuble» était défini comme comprenant la notion d'«immeuble par destination». D'autre part, le cœur du litige ne se résume pas à articuler une définition de la notion de «bâtiment» en termes absolus, mais, plutôt, à cerner le sens et la portée du par. 65(1) L.F.M. en regard de la catégorie de biens visée par cette exemption. Certes, lorsqu'un terme employé par le législateur n'est pas autrement défini, il convient de se rapporter au réservoir de concepts que constitue le *Code civil* (*Bélair c. Ville de Ste-Rose*, précité; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. City of Westmount*, [1926] R.C.S. 515; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated c. City of Outremont*, précité, et *Bell Telephone Co. of Canada c. Ville St-Laurent*, précité). Toutefois, cette démarche ne saurait éluder l'environnement textuel adopté par le législateur lui-même. En l'espèce, il convient donc de s'interroger, avant tout, sur les jalons posés dans le cadre de l'art. 65 L.F.M.

(b) *Section 65 A.M.T.*

b) *L'article 65 L.F.M.*

1. The terms "immoveables", "land" and "building"

1. Les termes «immeubles», «terrain» et «bâtiment»

Before considering the central issue in this appeal, two preliminary observations should be made.

Avant d'aborder le cœur du présent pourvoi, deux constats préliminaires m'apparaissent importants.

To begin with, the introductory paragraph of s. 65 refers to the term “immoveables” without distinguishing immoveables by nature from the moveable objects covered by s. 1 A.M.T. (“The following immoveables are not to be entered on the roll”). (Emphasis added.) Subject to the exceptions and clarifications in each paragraph, therefore, the legislature refers us to its own definition, which in turn refers to the *Civil Code* in the case of immoveables by nature (s. 1). Under art. 376 C.C., immoveables by nature are lands and buildings. In *Bélaïr*, Anglin J. interpreted the term “building” broadly, taking in structures such as bridges (at pp. 530-31):

The words “bâtiments”—“buildings” in Art. 376 C.C. may therefore be taken to mean “structures” and it follows that a bridge over a river resting on piers is an immovable by nature because it is a structure permanently affixed to the soil or bed of the river. This would certainly be the case if the appellant were the owner of such soil or bed. The fact that he is not such owner but is merely entitled to a servitude or right to maintain the bridge upon it does not prevent the character of immovability attaching to the bridge.

In *City of Westmount*, Anglin C.J. concluded that the same was true for pipes, poles, cables and transformers used to distribute electricity (at pp. 520-21). In *Lower St. Lawrence Power Co. v. Immeuble Landry Ltée*, [1926] S.C.R. 655, this Court held an electric lighting system including poles, wires and transformers to be an immoveable by nature. Rinfret J. said the following (at pp. 665-66):

[TRANSLATION] Under the Civil Code of the Province of Quebec, all property, corporeal as well as incorporeal, is moveable or immoveable (art. 374 C.C.). Land and buildings are immoveable by their nature (art. 376 C.C.). Commentators are agreed in saying that the word “building” should not be limited to its etymological meaning, but should be used by analogy for any kind of “structure”.

Planiol (*Traité Élémentaire*—6th ed., vol. 1, No. 2207) clearly sums up the general view when he says that it

means not only buildings strictly speaking, such as dwelling houses, shops, workshops, sheds, barns and

En premier lieu, l’alinéa introductif de l’art. 65 renvoie au terme «immeubles» sans distinguer les immeubles par nature des objets mobiliers visés par l’art. 1 L.F.M. («Ne sont pas portés au rôle les immeubles suivants»). (Je souligne.) Sous réserve des exceptions et nuances propres à chaque paragraphe, le législateur nous renvoie donc à sa propre définition qui réfère, à son tour, au *Code civil* dans le cas des immeubles par nature (art. 1). Or, en vertu de l’art. 376 C.c., les immeubles par nature sont les fonds de terre et les bâtiments. Dans l’affaire *Bélaïr*, le juge Anglin interprétait largement le terme «bâtiment», englobant ainsi une construction telle un pont (aux pp. 530 et 531):

[TRANSLATION] Les mots «bâtiments»—«buildings» à l’art. 376 C.C. peuvent donc être considérés comme signifiant «structures» et il s’ensuit qu’un pont reposant sur des piliers est un immeuble par sa nature parce qu’il est une structure unie au sol ou lit de la rivière à perpétuelle demeure. Ce serait certainement le cas si l’appellant était le propriétaire du sol ou du lit. Le fait qu’il ne le soit pas, mais qu’il soit simplement titulaire d’une servitude ou d’un droit d’y maintenir le pont n’empêche pas la qualité d’immeuble d’être attachée au pont.

Dans l’affaire *City of Westmount*, le juge en chef Anglin concluait qu’il en était de même à l’égard de tuyaux, poteaux, câbles et transformateurs servant à distribuer de l’électricité (aux pp. 520 et 521). Dans l’arrêt *Lower St. Lawrence Power Co. c. Immeuble Landry Ltée*, [1926] R.C.S. 655, notre Cour a déclaré immeuble par nature un réseau d’éclairage électrique comprenant des poteaux, fils et transformateurs. Par ailleurs, le juge Rinfret s’exprimait ainsi (aux pp. 665 et 666):

En vertu du code civil de la province de Québec, tous les biens, tant corporels qu’incorporels, sont meubles ou immeubles (art. 374 C.C.). Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature (art. 376 C.C.). Les commentateurs sont d’accord pour dire que l’expression «bâtiment» ne doit pas être limitée à son sens étymologique, mais qu’il faut l’employer par analogie à toute espèce de «construction».

Planiol (*Traité Élémentaire*—6e éd., vol. 1, n° 2207) résume bien l’opinion générale en disant qu’il

faut comprendre non seulement les bâtiments proprement dits, tels que les maisons d’habitation, maga-

so on, but also works of any kind, such as bridges, wells, kilns, dikes, dams, tunnels and so on. Accordingly, buildings must be defined here: any permanent assembly of materials, either on the surface of the ground or underneath.

After discussing *Bélaïr, City of Westmount and Immeuble Landry*, Beetz J. summarized the principles governing property immovable by nature as follows (*Cablevision (Montreal) Inc. v. Deputy Minister of Revenue of Quebec, supra*, at p. 73):

These three decisions undoubtedly stress the incorporation of the structures into the land as a condition for their becoming immovable by nature. We must, however, remember the principle that requires this condition: the structures, such as those involved in these cases, must participate in the fixity or immobility of the land, which is the ultimate measure of whether a thing is immovable by nature. The principle is observed as long as a structure participates in the immovable nature of the land, by adhering directly to it or to another structure, which in turn adheres to the land. In either case the structure is immovable by nature because it is naturally immobile. Most legal writers point out that land is the only tangible property that is really immovable. Nevertheless, according to art. 376 C.C. buildings are immovable by nature just as land is. In my view, the criterion for being immovable by nature is met when a structure that may be described as a building adheres to something that is immovable by nature, whether land or a building, and thereby acquires a fixed foundation. The possibility that the structure adhering to the land and the structure adhering to that structure may not be owned by the same person is of no consequence. [Emphasis added.]

The introductory paragraph of s. 65 does not in itself exclude such immovables from the scope of the first paragraph.

Moreover, unlike the term "immovables" used in the introductory paragraph, s. 65(1) refers to the concepts of "land" and "building" and attaches parameters which are foreign to the criteria for immovables by nature in the civil law, namely the concepts of destination and use. Furthermore, these concepts of "land" and "building" are only relevant in deciding whether the immovable property or the part thereof under consideration is

sins, ateliers, hangars, granges, etc., mais aussi les travaux d'art de toute espèce, tels que ponts, puits, fours, digues, barrages, tunnels, etc. Par conséquent, il faut définir ici les édifices: tout assemblage de matériaux consolidés à demeure, soit à la surface du sol, soit à l'intérieur.

Après avoir fait état des affaires *Bélaïr, City of Westmount et Immeuble Landry*, le juge Beetz résumait les principes régissant l'immobilisation par nature dans les termes suivants (*Cablevision (Montréal) Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, précité, à la p. 73):

Sans doute ces trois arrêts mettent-ils l'accent sur l'incorporation des ouvrages au sol comme condition de leur immobilisation par nature. Mais il faut voir le principe qui dicte cette condition: c'est lorsqu'elle sera réalisée que les ouvrages, comme ceux dont il est question dans ces arrêts, participeront à la fixité ou à l'immobilité du sol, critère ultime de l'immobilisation par nature. Le principe est respecté dès lors qu'un ouvrage participe à l'immobilité du sol en y adhérant directement ou en adhérant à un autre ouvrage qui adhère lui-même au sol. Dans l'un et l'autre cas, l'ouvrage est immeuble par nature parce qu'il est naturellement immobile. La plupart des auteurs remarquent que les fonds de terre sont les seuls biens corporels véritablement immeubles. Néanmoins, suivant l'art. 376 C.c., les bâtiments sont immeubles par nature tout autant que les fonds de terre. À mon avis le critère de l'immobilisation par nature est satisfait quand un ouvrage que l'on peut qualifier de bâtiment adhère à un immeuble par nature, fonds de terre ou bâtiment, et qu'il acquiert par là une assiette fixe. La dissociation possible de la propriété de l'ouvrage qui adhère au sol et de celle de l'ouvrage qui adhère à l'ouvrage précédent est sans conséquence. [Je souligne.]

Or, l'alinéa introductif de l'art. 65 n'écarte pas, en soi, ces immeubles du champ d'application du paragraphe premier.

D'autre part, contrairement au terme «immeubles» employé dans l'alinéa introductif, le par. 65(1) réfère aux notions de «terrain» et «bâtiment» en y greffant des paramètres qui sont étrangers aux critères de l'immobilisation par nature en droit civil, soit les concepts de destination et d'utilisation. Par ailleurs, ces notions de «terrain» et de «bâtiment» ne sont pertinentes que lorsqu'il s'agit de décider si l'immeuble ou la partie d'immeuble

designed to provide a service to them. The question of whether or not it is appropriate to draw on the reservoir of *Civil Code* concepts in defining the term "building" used *in fine* thus seems to me to be secondary: the meaning and scope of the term should instead be analyzed in the context in which it is used. As the legislature has indicated, immovable property which is "exempt" for the purposes of s. 65(1) cannot be separated from the industrial production context. The words "used mainly for purposes of industrial production" and "taking into account the actual or intended use of the land or building" indicate that the legislative framework in question is dissociated primarily from the traditional civil law categories. In these circumstances, the approach to be taken in considering the words "land" and "building" referred to by the notion of "service" is still determined, like the immovable property covered by the exemption, by the textual environment adopted by the legislature. The characteristic vocabulary of the *Civil Code* is thereby both clarified and qualified.

This, then, is the background against which the Court must consider the question which is at the core of this appeal: does the exemption contained in s. 65(1) A.M.T. apply only to moveable property placed for a permanency, excluding buildings within the meaning of the *Civil Code*?

2. Section 65(1)

The BREF found that there were four criteria under s. 65(1) A.M.T. (at p. 493):

[TRANSLATION] The following criteria are thus used in determining whether immovable property or a part thereof should not be entered on the roll under s. 65(1) of the *Act respecting Municipal Taxation*:

(1) This is immovable property;

(2) This is either:

(a) a set of mechanisms combined to receive a form of energy, transform it and regenerate it in a more appropriate form or to produce a given effect (machine);

examinés ont pour objet de leur assurer un service. La question de déterminer s'il y a lieu ou non de puiser dans le réservoir de concepts du *Code civil* pour définir le terme «bâtiment» utilisé *in fine* m'apparaît donc secondaire, le sens et la portée de ce terme devant plutôt être analysés dans le contexte d'énonciation qui lui est propre. Or, comme l'indique le législateur, les immeubles «exemptés» aux fins du par. 65(1) sont indissociables du contexte de production industrielle. Les termes «utilisés principalement à des fins de production industrielle» et «compte tenu de l'utilisation qui est faite de celui-ci» démontrent que le cadre législatif dont il est question se démarque, avant tout, des catégories traditionnelles du droit civil. Dans ces conditions, l'angle sous lequel il convient d'aborder les mots «terrain» et «bâtiment» visés par la notion de «service» demeure tributaire, à l'instar des immeubles visés par l'exemption, de l'environnement textuel adopté par le législateur. Le vocabulaire propre au *Code civil* s'y trouve, par là, et nuancé, et tempéré.

C'est donc sur cette toile de fond qu'il y a lieu d'aborder la question qui est au cœur du présent pourvoi: l'exemption prévue par le par. 65(1) L.F.M. ne s'applique-t-elle qu'aux seuls biens mobiliers placés à perpétuelle demeure, à l'exclusion des bâtiments au sens du *Code civil*?

2. Le paragraphe 65(1)

Le BREF a jugé que les critères du par. 65(1) L.F.M. étaient au nombre de quatre (à la p. 493):

Les critères retenus sont donc les suivants pour qu'un immeuble ou une partie de celui-ci ne soit pas porté au rôle selon l'article 65 de la *Loi sur la fiscalité municipale*, alinéa 1^{er}:

1) Il s'agit d'un immeuble;

2) Il s'agit soit:

a) d'un ensemble de mécanismes combinés pour recevoir une forme d'énergie, la transformer et la restituer sous une forme plus appropriée ou pour produire un effet donné (machine);

(b) an assembly of several instruments for the performance of work, observation of a phenomenon or undertaking of certain actions (apparatus);

(c) a tool or other immovable object which is not an integral part of a machine or which is used for a particular activity but cannot be separated from a machine or an apparatus (accessory);

(3) This immovable is used mainly for a specific industrial purpose, namely production, that is, making saleable and usable, saleable or usable by users or other apparatus, given wares (stone);

(4) The purpose of this immovable is not, that is to say, the justification for its existence is not the fact that it provides a service (which is not the mere physical presence of a material object adhering to the soil or building) to land or a building within the meaning of the general law, taking into account the use made of the building, by seeing whether it is used for purposes of industrial production. [Emphasis added.]

The definitions of the words “machine”, “apparatus” and “accessory” are the same as those adopted by the BREF in an earlier decision, *Ultramar Canada Inc.*, *supra*, and are based on the definitions of these terms contained in the *Petit Larousse* (1981). In the case at bar the Provincial Court referred instead to the definitions in the *Petit Robert* (1986). Accordingly, Judge Gagnon wrote (at pp. 30-31):

[TRANSLATION] In distinguishing between a machine and an apparatus in its definition, the *Petit Robert* seems to limit the meaning of the word machine:

“*Machine II. Manufactured object, generally complex, designed to transform energy and use that transformation (to be distinguished in principle from apparatus and tool, which only use energy).*”

On the other hand, the term *apparatus* as defined by the *Petit Robert* has a very broad meaning:

“*Apparatus:*

2. Set of elements used for the same purpose and forming a whole . . . Assembly of parts or instruments combined into a whole to perform work, observe a phenomenon, undertake actions.”

Subsequently, he adopted the following definition of the word “accessory” (at p. 34):

b) d'un assemblage de plusieurs organes assurant l'exécution d'un travail, l'observation d'un phénomène ou la réalisation de certaines mesures (appareil);

c) d'un instrument, ou autre objet immobilier qui ne fait pas partie intégrante d'une machine, ou qui sert à une activité particulière mais qui est indissociable d'une machine ou d'un appareil (accessoire);

3) Cet immeuble est utilisé principalement à une fin industrielle précise soit la production, c'est-à-dire à rendre vendable et utilisable, vendable ou utilisable par les usagers ou les autres appareils, une marchandise donnée (pierre);

4) Cet immeuble n'a pas pour objet, c'est-à-dire que son existence ne se justifie pas par le fait qu'il assure un service (ce qui n'est pas la seule présence physique d'un objet matériel qui adhère au sol ou au bâtiment) à un terrain ou un bâtiment au sens du droit commun, et cela en tenant compte de l'utilisation faite du bâtiment, soit en voyant s'il est utilisé à des fins de production industrielle. [Je souligne.]

Les définitions des mots «machine», «appareil» et «accessoire» sont les mêmes que celles adoptées par le BREF dans une décision antérieure, l'affaire *Ultramar Canada Inc.*, précitée, et s'inspirent des définitions de ces termes contenues dans le *Petit Larousse* (1981). Dans la présente affaire, la Cour provinciale s'est plutôt référée aux définitions du *Petit Robert* (1986). Ainsi, le juge Gagnon écrit (aux pp. 30 et 31):

Le *Petit Robert*, en distinguant entre une machine et un appareil dans sa définition, semble restreindre le sens du mot machine:

«*Machine II. Objet fabriqué, généralement complexe, destiné à transformer l'énergie et à utiliser cette transformation (se distingue en principe de appareil et de outil, qui ne font qu'utiliser l'énergie).*»

Par contre, le terme *appareil* tel que défini par le *Petit Robert*, a un sens très large:

«*Appareil:*

2. Ensemble d'éléments qui concourent au même but en formant un tout. . . Assemblage de pièces ou d'organes réunis en un tout pour exécuter un travail, observer un phénomène, prendre des mesures».

Plus loin, il retient la définition suivante du mot «accessoire» (à la p. 34):

[TRANSLATION] The Petit Robert gives the word *accessory* in mechanics a rather limited meaning:

“Accessories—
Non-essential part”

An accessory can be added to a machine or apparatus to make it more efficient, safer or to enable it to carry out different types of work or processing in the industrial process.

The definitions of the words “machine” and “apparatus” adopted by the BREF, on the one hand, and the Provincial Court, on the other, are not significantly different. Both concern objects intended to produce a given effect, the characteristic of a machine being to transform energy. When placed in the context of s. 65(1) A.M.T., these definitions may encompass a whole range of immovables which, regardless of the distinctions characteristic of the civil law, are nevertheless used mainly for purposes of industrial production.

In this regard, two examples will illustrate the difficulties that arise when s. 65(1) is read exclusively in terms of the parameters peculiar to the civil law. In *Cie de papier Québec et Ontario Ltée v. Baie-Comeau (Ville de)*, Sup. Ct. Baie-Comeau, No. 655-05-000080-838, November 10, 1988, J.E. 89-200, Rioux J. referred to arts. 377 and 385 of the *Civil Code*, which read as follows:

377. Windmills and water mills, built on piles and forming part of the building, are also immovable by their nature when they are constructed for a permanency.

385. Boats, scows, ships, floating mills and floating baths and generally all manufactories not built on piles and not forming part of the realty, are moveable.

He proceeded to make the following analysis (at pp. 12-13):

[TRANSLATION] Some of the expressions used by the *Civil Code* have aged, so it is worth referring to a dictionary such as *Littré* [Paris, 1873] to understand the meaning of the words used by the *Civil Code*. According to *Littré*, the word “*pilier*” (“pile”) means “any solid mass used to support part of a building” or “whatever supports any body”. This definition may be compared

Quant au mot *accessoire*, en mécanique, le Petit Robert lui donne un sens assez restreint:

«Accessoires—
Pièce non indispensable»

Un accessoire peut être ajouté à une machine ou à un appareil pour le rendre plus efficace, plus sécuritaire ou pour lui faire réaliser des travaux ou des transformations différentes dans le processus industriel.

Les définitions des mots «machine» et «appareil» adoptées par le BREF d’une part, et la Cour provinciale de l’autre, ne diffèrent pas significativement. Les deux visent des objets destinés à produire un effet donné, le propre de la machine étant de transformer l’énergie. Or, replacés dans le contexte du par. 65(1) L.F.M., ces définitions peuvent englober toute une panoplie d’immeubles qui, sans égard aux distinctions propres au droit civil, seraient néanmoins utilisés principalement à des fins de production industrielle.

À cet égard, deux exemples illustreront les difficultés qui surgissent lorsque la lecture du par. 65(1) demeure exclusivement tributaire des paramètres propres au droit civil. Dans l’affaire *Cie de papier Québec et Ontario Ltée c. Baie-Comeau (Ville de)*, C.S. Baie-Comeau, n° 655-05-000080-838, le 10 novembre 1988, J.E. 89-200, le juge Rioux s’est referé aux art. 377 et 385 du *Code civil*, qui se lisent ainsi:

377. Les moulins à vent, ou à eau, fixés sur des piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature lorsqu’ils y sont édifiés pour perpétuelle demeure.

385. Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant pas partie du fonds, sont meubles.

Il a procédé à l’analyse suivante (aux pp. 12 et 13):

Certaines des expressions utilisées par le *Code civil* ont vieilli, aussi est-il bon de s’en rapporter à un dictionnaire comme le *Littré* [Paris, 1873] pour comprendre le sens des mots employés par le *Code civil*. D’après le *Littré*, le mot «*pilier*» désigne «tout massif qui sert à soutenir quelque partie d’un édifice» ou «tout ce qui soutient un corps quelconque». On peut rapprocher cette

with that given by *Petit Robert* [1983]: “solid mass of masonry forming a separate vertical support in a structure”.

It should also be noted that the word “*usine*” (“plant”), according to *Litttré*, “formerly and strictly speaking” meant “water-driven machine” and the word “*moulin*” (“mill”) meant a “machine consisting of various parts for the purpose of turning millstones and used to transform grains into flour”.

This means that under the *Civil Code*, we must regard as immoveables by nature machines built on piles which are the equivalent of the “concrete bases” at issue in the case at bar. That is what art. 377 of the *Civil Code* says. On the other hand, machines not built on piles and not forming part of the realty are moveables (art. 385). [Emphasis added.]

Without expressing any opinion on the merits of this decision, it is clear that such a mill, a “machine” in the ordinary sense of the word, is also a “building” which meets the criteria of an immovable by nature within the meaning of the civil law. According to the rulings of the Provincial Court and the Court of Appeal, such a mill would nevertheless be excluded *ipso facto* from the scope of s. 65(1) A.M.T. on account of this very characterization, regardless of the fact that the other conditions in this provision might be met. As I noted earlier, the introductory paragraph of s. 65 does not distinguish between immoveables by nature and moveable objects placed for a permanency. In my opinion, there is no way around this.

Moreover, the Provincial Court itself used an example in distinguishing the words “machine” and “apparatus” (at p. 31):

[TRANSLATION] In my humble opinion the legislature, in juxtaposing the terms *machine* and *apparatus*, intended to avoid having the exception apply exclusively to objects designed to transform energy and to use that transformation. Accordingly, it might be asked whether an oven used to bake bread in a bakery is a machine, whereas there is no doubt that it is apparatus used for an industrial production purpose. [Emphasis added.]

définition de celle que donne le *Petit Robert* [1983]: «massif de maçonnerie, formant un support vertical isolé dans une construction».

Notons aussi que le mot «usine» signifiait «proprement et anciennement», d’après le *Litttré*, «machine mue par l’eau» et que le mot «moulin» signifiait une «machine composée de diverses pièces pour faire tourner des meules et qui est employée pour réduire les grains en farine».

C’est dire que, selon le *Code civil*, doivent être considérées comme immeubles par nature, les machines qui sont fixées à des piliers lesquels sont l’équivalent des «bases de béton» qui nous occupent dans la présente cause. C’est là ce que dit l’article 377 du *Code civil*. Par contre, les machines non fixées à des piliers et ne faisant pas partie du fonds, sont des meubles (article 385). [Je souligne.]

Sans me prononcer sur le bien-fondé de cette décision, il est évident qu’un tel moulin, «machine» suivant le sens ordinaire de ce mot, est également un «bâtiment» qui rencontre les critères de l’immobilisation par nature au sens du droit civil. Selon les conclusions de la Cour provinciale et de la Cour d’appel, ce moulin serait, néanmoins, exclu *ipso facto* du champ d’application du par. 65(1) L.F.M. en raison de cette même qualification et ce, sans égard au fait que les autres conditions de cette disposition puissent se trouver réunies. Or, comme je l’ai souligné précédemment, l’alinéa introductif de l’art. 65 ne distingue pas entre les immeubles par nature et les objets mobiliers placés à perpétuelle demeure. Ce constat est, à mes yeux, incontournable.

D’autre part, la Cour provinciale s’est elle-même servie d’un exemple en distinguant les termes «machine» et «appareil» (à la p. 31):

À mon humble avis, le législateur, en juxtaposant au terme *machine* le mot *appareil* a voulu éviter que l’exception s’applique limitativement à des objets destinés à transformer l’énergie et à utiliser cette transformation. Ainsi, on aurait pu se demander si un four servant à la cuisson du pain dans une boulangerie, est une machine alors qu’il n’y a aucun doute que c’est un appareil utilisé à une fin de production industrielle. [Je souligne.]

This example leads to the same difficulties. An oven built outdoors of stone and mortar would be a "building" according to the civil law criteria for immoveables by nature. Limiting the scope of s. 65(1) to moveable objects placed for a permanency, as the Court of Appeal and Provincial Court did, this oven would have to be entered on the roll. On the other hand, the oven referred to by the Provincial Court in the foregoing example would be excluded, regardless of the fact that both these apparatus might meet the other conditions specified by the legislature. In my view, such a conclusion cannot be inferred from the wording of s. 65(1). It turns the classification of an "apparatus" according to the civil law rules, here an immovable by destination, into a condition *sine qua non*, while relegating the industrial production requirement to a position of secondary importance. And yet it is this latter requirement, and not the traditional *Civil Code* categories, which is the cornerstone of s. 65(1).

In my opinion, the same qualifications must be made regarding the word "accessories". After reproducing the definition from the *Petit Robert*, the Provincial Court added (at pp. 34-35):

[TRANSLATION] In a plant, certain apparatus and machines are attached or fixed to concrete bases or metal structures adhering to the building. Certain apparatus, such as conveyors or moving walkways, are supported by metal structures fixed to the ground and sometimes covered with a roof.

These bases, structures or supports, as a result of their adherence to the ground or a floor of the building, are immoveables by nature. When the machines or apparatus they support are removed, they no longer perform the function for which they were built, but they nevertheless remain immoveables by nature or parts thereof.

With all due respect for the contrary view, I consider that such bases or supports are not accessories of machines or apparatus. An immovable by nature cannot be the accessory of an immovable by destination. [Emphasis added.]

In support of this distinction the respondent referred to *Donohue Bros. v. Parish of St-Étienne de la Malbaie*, [1924] S.C.R. 511; *Richmond Pulp*

Cet exemple conduit aux mêmes difficultés. Un four construit à l'extérieur, fait de pierre et de mortier, serait un «bâtiment» selon les critères d'immobilisation par nature du droit civil. Or, en limitant le champ d'application du par. 65(1) aux seuls objets mobiliers placés à perpétuelle demeure, comme l'ont fait la Cour d'appel et la Cour provinciale, ce four devrait être porté au rôle. En revanche, le four auquel fait référence la Cour provinciale dans l'exemple ci-avant serait, quant à lui, exclu et ce, indépendamment du fait que ces mêmes appareils puissent, tous deux, remplir les autres conditions prévues par le législateur. À mon avis, une telle conclusion ne peut s'inférer du texte du par. 65(1). Elle érige en condition *sine qua non* la qualification d'un «appareil» selon les règles du droit civil, ici l'immobilisation par destination, tout en reléguant à l'arrière plan le critère de la production industrielle. Or, c'est ce dernier critère, et non les catégories traditionnelles du *Code civil*, qui constitue la pierre angulaire du par. 65(1).

À mon avis, les mêmes nuances s'imposent à l'égard du mot «accessoires». Après avoir reproduit la définition tirée du *Petit Robert*, la Cour provinciale a poursuivi (aux pp. 34 et 35):

Dans une usine, certains appareils et certaines machines sont attachés ou fixés à des socles de béton ou des structures de métal adhérent au bâtiment. Certains appareils, comme les convoyeurs ou tapis roulants sont supportés par des structures de métal fixées au sol et parfois recouvertes d'un toit.

Ces socles et structures ou supports, par suite de leur adhésion au sol ou à un plancher de l'édifice, sont des immeubles par nature. Lorsqu'on enlève les machines ou appareils qu'ils supportent, ils ne remplissent plus la fonction pour laquelle ils avaient été édifiés, mais ils n'en demeurent pas moins des immeubles par nature ou des parties d'immeubles par nature.

En toute déférence pour l'opinion contraire, je considère que ces socles ou supports ne sont pas des accessoires des machines ou appareils. Un immeuble par nature ne saurait être l'accessoire d'un immeuble par destination. [Je souligne.]

Pour appuyer cette distinction, l'intimée s'est référée aux arrêts *Donohue Bros. c. Parish of St-Étienne de la Malbaie*, [1924] R.C.S. 511; *Rich-*

& Paper Co. of Canada v. Town of Bromptonville, supra, and Aluminium du Canada Ltée v. Village de Melocheville, [1973] S.C.R. 792. These cases have no bearing on the case at bar. The context in which s. 65(1) occurs requires the Court to analyze the actual situation of an industrial production complex and the immoveables associated with that production from an entirely different perspective.

In *Donohue Bros.*, the issue was whether certain machinery in a pulp mill could be assessed with the mill under ss. 16(27) and 656 of the *Municipal Code*. These provisions read as follows:

16. ...

(27) The words "land" or "immoveable" or "immoveable property" mean all lands or parcels of land in a municipality, owned or occupied by one person or by several persons jointly, and include the buildings and improvements thereon;

656. The real value of the taxable immoveable property includes the value of the land and of the buildings, and of all improvements which may have been made thereto, except those set forth in article 657.

A majority of this Court held that the machinery was not included in the meaning of the word "building". Mignault J. wrote (at pp. 518-19):

[TRANSLATION] The respondent argues that it could take the machines into account in assessing this pulp mill. It contends that these machines are included in the meaning of the word "buildings" or "constructions", and that in any case they are "improvements" and taxable as such under the articles I have cited.

It seems to be admitted that the machines in question are immoveables by their destination. However, although we are dealing with an immoveable property tax, all that is immoveable is not necessarily taxable under the *Municipal Code*, as we have held in *Breakey v. Metgermette North* (61 Can. S.C.R. 237).

An immoveable by its destination being, by definition, a moveable object by its nature that is considered as immoveable by reason of the immoveable to which it is attached, differs from an immoveable by nature in that

*mond Pulp & Paper Co. of Canada c. Ville de Bromptonville, précité, et Aluminium du Canada Ltée c. Village de Melocheville, [1973] R.C.S. 792. Or, ces affaires n'ont aucune application en l'es-
pèce. Le contexte dans lequel s'insère le par. 65(1) exige d'abord la réalité d'un complexe de production industrielle, ainsi que les immeubles se rattachant à cette production, dans une perspective tout à fait distincte.*

En effet, dans l'affaire *Donohue Bros.*, il s'agissait de décider si certaines machineries dans un moulin à pâte pouvaient être évaluées avec ce moulin en vertu du par. 16(27) et de l'art. 656 du *Code municipal*. Ces dispositions se lisaient ainsi:

16. ...

(27) Les mots «bien-fonds» ou «terrains» ou «immeubles» désignent toute terre ou toute partie de terre possédée ou occupée, dans une municipalité, par une seule personne ou plusieurs personnes conjointes et comprennent les bâtiments et les améliorations qui s'y trouvent;

656. La valeur réelle des bien-fonds imposables comprend la valeur du terrain, et la valeur des constructions, ainsi que celle de toutes les améliorations qui y ont été faites, sauf ce qui est prescrit par l'article 657.

Notre Cour a décidé, à la majorité, que les machineries n'étaient pas comprises dans la signification du mot «bâtiment» ou «construction». Le juge Mignault écrivait (aux pp. 518 et 519):

L'intimée prétend qu'elle pouvait tenir compte des machines en évaluant ce moulin à pulpe. Elle soutient que ces machines sont comprises dans le sens du mot «bâtiments» ou «constructions», et qu'à tout événement ce sont des «améliorations» et imposables comme telles en vertu des articles que j'ai cités.

On paraît admettre que les machines en question sont des immoveables par destination. Cependant, bien qu'il s'agisse d'une taxe immobilière, tout ce qui est immeuble n'est pas par là même et nécessairement imposable en vertu du code municipal, ainsi que nous l'avons jugé dans *Breakey v. Metgermette Nord* (61 Can. S.C.R. 237).

Et l'immeuble par destination, étant, par définition, un objet mobilier par sa nature qui est considéré comme immobilier à titre d'accessoire d'un immeuble auquel il se rattache, diffère de l'immeuble par nature en ce que

its immovability is purely legal and fictitious, and not material or real (Planiol, tome 1, no. 2210). It can never be said that it is part of the building or construction where it is situated, for then it would be an immovable by its nature.

For this reason, I would not include machines which become immovables by destination within the meaning of the word "building" or "construction". [Emphasis added.]

This passage was quoted in *Richmond Pulp & Paper Co. of Canada* and *Village de Melocheville*, which also concerned provisions of the *Municipal Code*. It is clear from the foregoing that the relevant provision of the *Municipal Code* in itself excluded the possibility of entering immovables by destination on the roll, the pivot on which this system rested being the concepts of "building" and "construction". The wording itself therefore required that the Court resolve the problems in applying it by a reasoning based exclusively on the traditional civil law parameters, including that of immovables by destination. That is not the case here. First, the introductory paragraph of s. 65 refers to the term "immovables" without distinguishing immovables by nature from moveable objects placed for a permanency. Second, like the terms "machine" and "apparatus", the word "accessory" is not part of the special vocabulary of the *Civil Code*.

Furthermore, the wording of s. 65(1) requires first and foremost that the Court examine each immovable or part of an immovable making up a given plant, not in the abstract but in the concrete setting of the industrial production. In these circumstances, it seems to me at the very least risky to refer in general to the structures, bases or rooves of a plant without adverting to the functional framework in which these immovables may each operate. The example of the stone distributor which is part of the appellant's new plant is significant in this regard. The Provincial Court considered that it should be entered on the roll as a result of the following analysis (at pp. 41-42):

son immobilisation est purement juridique et fictive, et non pas matérielle et réelle (Planiol, tome 1er, n° 2210). On ne peut jamais dire qu'il fait partie du bâtiment ou construction où il se trouve, car alors il serait un immeuble imposable par sa nature.

Pour cette raison, je ne comprendrais pas les machines immobilisées par destination dans la signification du mot «bâtiment» ou «construction». [Je souligne.]

Cet extrait a été repris dans les affaires *Richmond Pulp & Paper Co. of Canada* et *Village de Melocheville* qui mettaient également en jeu les dispositions du *Code municipal*. Or, il ressort clairement de ce qui précède que le texte pertinent du *Code municipal* excluait, en soi, la possibilité de porter au rôle les immeubles par destination, le pivot sur lequel reposait ce régime étant les notions de «bâtiment» et «construction». Le texte lui-même exigeait donc de résoudre ses difficultés d'application par le biais d'un raisonnement reposant exclusivement sur les paramètres traditionnels du droit civil, dont celui d'immobilisation par destination. Tel n'est pas le cas ici. D'une part, l'alinéa introductif de l'art. 65 renvoie au terme «immeubles» sans distinguer les immeubles par nature des objets mobiliers placés à perpétuelle demeure. D'autre part, tout comme les termes «machine» et «appareil», le mot «accessoire» ne fait pas partie du vocabulaire propre au *Code civil*.

Au demeurant, le texte du par. 65(1) commande, avant tout, d'examiner chaque immeuble ou partie d'immeuble composant une usine donnée non pas dans l'abstrait, mais dans le cadre concret de la production industrielle. Dans ces conditions, il me paraît à tout le moins hasardeux de référer généralement aux structures, socles, ou toits d'une usine sans égard au cadre fonctionnel dans lequel ces immeubles peuvent, chacun, évoluer. L'exemple du distributeur de pierre faisant partie de la nouvelle usine de l'appelante est, à cet égard, significatif. La Cour provinciale a considéré qu'il devait être porté au rôle au terme de l'analyse suivante (aux pp. 41 et 42):

[TRANSLATION]

STONE DISTRIBUTOR (Element No. 26)

The explanations given by the engineer Gagnon indicate that this construction was put there specifically for the process of dry manufacture of cement. The crushed stone is taken to it by conveyors and distributed into several piles inside. An apparatus which moves on a rail, known as a stone scraper, is used to grind this stone. The mixtures are made mechanically and the mixed product is taken on conveyors into a tunnel.

Figure I-35 indicates that this is a structure 500 feet long by 114 wide and 48 feet high. The municipal assessor compares the external appearance of this structure to an arena and photo P-20 corroborates this description.

Even though the structure was built and put there for the industrial process which was to take place, it remains a building. Only the stone scraper and the conveyors and the engines which operate them are machines or apparatus. Figure 1-35 includes only the components of the building itself and the municipal assessor was right to enter the values indicated on this figure in the roll. [Emphasis added.]

The BREF, for its part, concluded that this immovable should be excluded from the roll (at p. 498):

[TRANSLATION]

26. *Stone distributor (Exhibit I-35)*

The crushed stone, identified as high or low, sorted, mixed in specific proportions according to an established formula, is then taken by conveyor No. 6 to the stone distributor (photos P-20 to P-24) in which the stone scraper is located. It is in and by this immovable that the mixing done in the prehomogenizer is carried out. Essentially, it is the same industrial operation at a later stage of production.

As in the prehomogenizer and perhaps even more, the foundations play an active part since they form four of the hoppers and a scraping surface containing stone being mixed, the "correction piles". These foundations are part of the stone scraper since they are its lower portion used both to move the stone scraper as such (mobile

DISTRIBUTEUR À PIERRE (élément n° 26)

Les explications fournies par l'ingénieur Gagnon indiquent que cette construction a été aménagée spécifiquement en fonction du processus de fabrication à sec du ciment. La pierre concassée y est acheminée par des convoyeurs et, à l'intérieur, répartie en plusieurs tas. Un appareil se déplaçant sur rail, appelé gratteur de pierre, sert à moudre cette pierre. Les mélanges s'effectuent mécaniquement et le produit mélangé est acheminé sur des convoyeurs dans un tunnel.

La fiche I-35 indique qu'il s'agit d'une construction de 500 pieds de long par 114 de large et d'une hauteur de 48 pieds. L'évaluateur municipal compare l'apparence extérieure de cette construction à un aréna et la photo P-20 corrobore cette description.

Même si la construction a été édifée et aménagée en fonction du processus industriel qui devait s'y dérouler, elle demeure un bâtiment. Seuls le gratteur de pierre et les convoyeurs ainsi que les moteurs qui les actionnent sont des machines ou appareils. La fiche I-35 ne comporte que les composantes du bâtiment lui-même et l'évaluateur municipal était justifié de porter au rôle les valeurs indiquées sur cette fiche. [Je souligne.]

Le BREF a estimé, quant à lui, que cet immeuble devait être exclu du rôle (à la p. 498):

26. *Distributeur de pierres (pièce I-35)*

La pierre concassée, identifiée comme haute ou basse, démolée, mélangée dans des proportions définies et suivant une recette établie, est alors transportée par le convoyeur n° 6 jusqu'au distributeur de pierres (photos P-20 à P-24) dans lequel se retrouve le gratteur de pierres. C'est dans et par cet immeuble que se poursuit le mélange entrepris dans le préhomogénéisateur. C'est en somme la même opération industrielle à une étape ultérieure de la production.

Tout comme dans le préhomogénéisateur et peut-être encore plus, les fondations jouent un rôle actif puisqu'elles forment quatre des trémies et une surface de grattage contenant de la pierre en voie d'être mélangée, ce sont les «tas de correction». Ces fondations s'intègrent au gratteur de pierres puisqu'elles en sont la partie inférieure servant à la fois au déplacement du gratteur de pierres comme tel (partie mobile) et au service du

portion) and to serve the conveyor which receives the scraped stone from two piles to ensure continuity.

The structure, like the prehomogenizer, is part of the foundations since it supports conveyor No. 8 which moves about inside to make up the four correction piles by its pouring car, and it holds up the exterior sheathing which ensures that the 6% humidity level, set by the manufacturer of the Loesche mill, is not exceeded.

All parts of the stone distributor therefore play an active role in the industrial production. Even the external facing is not intended only to cover a machine or apparatus and protect it from the elements. The evidence disclosed that it is a mechanism for controlling the humidity level.

The same is true for the foundations which play an active part in the stone mixing. It should not be forgotten that we are concerned here with industrial production of cement by the dry process, using mixed crude stone to which additives are added.

The crushed and ground stone mixtures therefore require use of containers whether mobile or not and mobile parts whether installed or not, the two components being essential to each other and together making up a machine, apparatus or their accessories, as the case may be, just as the hammer and anvil form a single whole for the blacksmith. On the evidence, therefore, this stone distributor is covered by s. 65 A.M.T. and should therefore not be entered in the roll since at the relevant dates it was a machine or apparatus used for purposes of industrial production (transcript, 20-11-84, pp. 42 *et seq.*). [Emphasis added; italics in original.]

Although the appeal at bar is limited to questions of law, and not the problem of their application to the components of the plant concerned, the approaches taken by the Provincial Court, on the one hand, and the BREF, on the other, reflect two irreconcilable interpretations of the provision at issue here. Without expressing any opinion on the correctness of the findings of fact of the BREF, I am of the view that the approach taken by the latter is still most in keeping with the letter and spirit of s. 65(1). First, it applies the terms "machines", "apparatus" and "accessories" in the complex setting of the components of an industrial production process, regardless of the dispute as to the nature of their status as immovables within the meaning

convoyeur qui reçoit la pierre grattée à partir de deux tas pour assurer la continuité.

Quant à la structure, tout comme pour le préhomogénéisateur, elle ne fait qu'un avec les fondations puisqu'elle supporte le convoyeur n° 8 qui circule à l'intérieur pour constituer par son chariot verseur les quatre tas de correction, et qu'elle supporte le revêtement extérieur qui permet de ne pas dépasser le pourcentage de 6 % d'humidité suivant la norme établie par le fabricant du moulin Loesche.

Toutes les parties du distributeur de pierres jouent donc un rôle actif dans la production industrielle. Même le parement extérieur n'a pas pour but que de recouvrir une machine ou un appareil ainsi que de les protéger des intempéries. La preuve révèle qu'il est un mécanisme de contrôle du pourcentage d'humidité.

De même, pour les fondations qui jouent un rôle actif dans les mélanges de pierres. Il ne faut pas oublier que nous sommes en présence d'une production industrielle de ciment par voie sèche, à partir de pierres brutes mélangées auxquelles on ajoute des additifs.

Les mélanges de pierres concassées et broyées nécessitent donc l'utilisation de contenants mobiles ou non, et de parties mobiles sur place ou non, les deux éléments étant aussi essentiels l'un à l'autre et constituant ensemble une machine, un appareil ou leurs accessoires, le cas échéant, tout comme le marteau et l'enclume constituent un tout pour le forgeron. Ce distributeur de pierres est donc, selon la preuve, visé à l'article 65 L.F.M. et doit donc ne pas être porté au rôle puisqu'il constituait une machine ou un appareil utilisé à des fins de production industrielle, aux dates pertinentes (n.s., 20-11-84, pp. 42 *et seq.*). [Je souligne.]

Quoique le présent pourvoi se limite aux questions de droit, et non au problème de leur application aux composantes de l'usine en cause, les démarches adoptées par la Cour provinciale d'une part, et par le BREF de l'autre, reflètent deux lectures irréconciliables de la disposition ici en jeu. Sans me prononcer, pour autant, sur l'exactitude des conclusions factuelles du BREF, la démarche de celui-ci demeure, à mes yeux, la plus fidèle à la lettre et à l'esprit du par. 65(1). En premier lieu, elle applique les termes «machine», «appareil» et «accessoires» dans le cadre complexe des éléments d'une production industrielle et ce, sans égard au débat portant sur la nature de leur immobilisation au sens du *Code civil*, ce qui traduit la lettre de

of the *Civil Code*, which is consistent with the wording of the introductory paragraph ("The following immoveables are not to be entered on the roll"). That dispute may in itself give rise to considerable difficulty. As the dividing line between an immoveable by destination and an immoveable by nature depends primarily on the facts, it will often be a very fine one.

Secondly, the approach taken by the BREF takes into account the key fact that an immoveable or part thereof can be inseparable from a machine or apparatus and at the same time provide a service to land or a building. The words "used mainly for purposes of industrial production" and "taking into account the . . . use of the land or building" in my opinion require such a construction. (Emphasis added.) Accordingly, in the case of the stone distributor, the evidence was that the structure supporting the external sheathing was not intended only to cover the machines and apparatus to protect them from the elements, as it was also a means of controlling the humidity level, a special requirement of the cement manufacturing process. The dispute then came down to a question of proportion, subject to rebuttal evidence, according to the facts of the case. Section 2 A.M.T. in fact provides:

2. Unless otherwise indicated by the context, any provision of this act which contemplates an immoveable property, moveable property or unit of assessment is deemed to contemplate part of such an immoveable property, moveable property or unit of assessment, if only that part falls within the scope of the provision.

In *Cie de papier Québec et Ontario Ltée, supra*, the Superior Court was faced with this very question of separating the respective functions of an electrical installation system (at pp. 57-58):

[TRANSLATION] The huge electrical installations of the plaintiff's plant, which are designed to receive electric current generated by the McCormick power station, to reduce its tension and distribute it throughout the plant would not be justified if the electricity was used only for "services to land or buildings", such as the lighting, heating and other equipment serving only the immoveable or the building. On the contrary, it was proven that not only is the electricity used mainly for purposes of

l'alinéa introductif («Ne sont pas portés au rôle les immeubles suivants»). Ce débat serait, en soi, générateur de difficultés considérables. La frontière entre l'immobilisation par destination et l'immobilisation par nature étant avant tout d'ordre factuel, elle se révèle souvent très mince.

En second lieu, la démarche du BREF tient compte du fait, par ailleurs capital, qu'un immeuble ou une partie d'immeuble puissent être indissociables d'une machine ou d'un appareil et assurer, par la même occasion, un service à un terrain ou un bâtiment. Les termes «utilisés principalement à des fins de production industrielle» et «compte tenu de l'utilisation qui est faite de celui-ci» commandent, à mes yeux, une telle lecture. (Je souligne.) Ainsi, dans le cas du distributeur de pierre, la preuve était à l'effet que la structure supportant le revêtement extérieur n'avait pas pour seul but de recouvrir les machines et appareils pour les protéger des intempéries, ce dernier étant également un mécanisme de contrôle du pourcentage d'humidité, exigence propre au processus de fabrication de ciment. Le débat se résumait, dès lors, à une question de proportion, sujette à une contre-preuve, selon les faits de l'espèce. L'article 2 L.F.M. dispose en effet:

2. À moins que le contexte n'indique le contraire, une disposition de la présente loi qui vise un immeuble, un meuble ou une unité d'évaluation est réputée viser une partie d'un tel immeuble, meuble ou unité d'évaluation, si cette partie seulement entre dans le champ d'application de la disposition.

Dans l'affaire *Cie de papier Québec et Ontario Ltée*, précitée, la Cour supérieure a précisément eu à départager les fonctions respectives d'un réseau d'installation électrique (aux pp. 57 et 58):

Les énormes installations électriques de l'usine de la demanderesse, qui ont pour mission de recevoir le courant électrique généré par la centrale McCormick, d'en abaisser la tension et de le distribuer partout dans l'usine ne se justifieraient pas si l'électricité n'était utilisée que pour les «services au terrain ou aux bâtiments», comme l'éclairage, le chauffage et les autres équipements ne servant que l'immeuble ou le bâtiment. Il a été au contraire prouvé que non seulement l'électricité est utilisée

industrial production, but the proportion devoted to services to the land and buildings was minimal. In its submission, the plaintiff set the proportion of electricity used to provide services to the land and buildings at 3% and that allocated to industrial production at 90%. The defendant challenges these figures, suggesting instead a proportion of 18.4% for various services. Even that proportion leads irresistibly to the conclusion that the electricity is used mainly for purposes of industrial production and that the machines, apparatus and accessories used to transform, transport or distribute the electric current are used mainly for purposes of industrial production, in accordance with the language of s. 65(1) of the Act respecting Municipal Taxation. There will be an exception to this principle when it is established that a given line and the machines, apparatus and accessories relating thereto are not allocated mainly to industrial production, but are there to provide services to the land or to the buildings, such as the lines supplying the lighting towers, the wharf for loading and unloading ships, the lac La Chasse pumping station, the administrative offices, the anti-pollution system, drainage apparatus, anti-pollution apparatus, and so on. [Emphasis added.]

The Superior Court arrived at this conclusion after deciding that the word "building" used in s. 65(1) *in fine* should be given the meaning it has in civil law (at p. 10). While it avoids stating the problem in terms of immovables by nature or by destination, which the legislation abandons in the introductory paragraph, the BREF's approach ultimately derives from the following observation: s. 65(1) does not suggest that all buildings can never be excluded from the roll on the ground that some buildings may be served by machines, apparatus or their accessories. Both the spirit and the letter of this provision require instead that each immovable property or part of an immovable property making up a plant be looked at in the concrete setting of the industrial production, in keeping with the legislative intent. In these circumstances I cannot conclude, as did the Provincial Court and the Court of Appeal, that the exemption conferred by s. 65(1) A.M.T. applies restrictively

principalement à des fins de production industrielle, mais que la proportion vouée à la fonction de services au terrain et aux bâtiments était infime. La demanderesse, dans son mémoire, établit à 3 % la proportion d'électricité utilisée afin d'assurer des services au terrain et aux bâtiments et à 90 % celle affectée à la production industrielle. La défenderesse conteste ces chiffres, offrant plutôt une proportion de 18.4 % pour divers services. Même une pareille proportion conduit irrésistiblement à conclure que l'électricité sert principalement à des fins de production industrielle et que les machines, les appareils et les accessoires servant à transformer, transporter ou distribuer le courant électrique sont principalement utilisés à des fins de production industrielle, suivant les termes du premier paragraphe de l'article 65 de la Loi sur la fiscalité municipale. Il y aura exception à ce principe lorsqu'il sera établi qu'une ligne donnée et les machines, appareils et accessoires s'y rapportant ne sont pas affectés principalement à la production industrielle mais ont pour objet d'assurer des services au terrain ou aux bâtiments, telles les lignes alimentant les tours d'éclairage, le quai de chargement et de déchargement des navires, la station de pompage du lac La Chasse, les bureaux administratifs, le système anti-pollution, les appareils de drainage, les appareils anti-pollution, etc. [Je souligne.]

Or, la Cour supérieure est arrivée à cette conclusion après avoir jugé que le mot «bâtiment» utilisé au par. 65(1) *in fine* devait recevoir le sens que lui confère le droit civil (à la p. 10). Tout en évitant de poser le problème en termes d'immobilisation par nature ou par destination, ce que le texte de loi évacue dès l'alinéa introductif, la démarche du BREF découle, en dernière analyse, du constat suivant: le par. 65(1) ne permet pas de conclure que tous les bâtiments ne peuvent jamais être exclus du rôle sous prétexte que certains bâtiments peuvent être desservis par des machines, des appareils ou leurs accessoires. Et l'esprit, et la lettre de cette disposition appellent plutôt un examen de chaque immeuble ou partie d'immeuble composant une usine dans le cadre concret de la production industrielle et ce, conformément à l'intention du législateur. Dans ces conditions, je ne puis conclure, à l'instar de la Cour provinciale et de la Cour d'appel, que l'exemption prévue par le par. 65(1)

only to moveable property as defined in s. 1 A.M.T., excluding buildings within the meaning of the *Civil Code*.

VI—Conclusion

For all these reasons, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal. Since the discussion in this Court centered on the only point at issue, regarding the interpretation of the legislative provision, and not the findings of fact of the BREF, the decision rendered by the BREF on August 29, 1985 should also be restored, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gagné, Letarte, Sirois, Beaudet, Québec.

Solicitors for the respondent: Pothier Bégin, Ste-Foy.

L.F.M. ne s'applique restrictivement qu'aux seuls biens mobiliers tels que définis à l'art. 1 L.F.M., à l'exclusion des bâtiments au sens du *Code civil*.

a VI—Conclusion

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer le jugement de la Cour d'appel. Puisque le débat devant notre Cour s'est résumé à la seule question en litige portant sur l'interprétation du texte de loi, et non aux conclusions de fait du BREF, il y a également lieu de rétablir la décision rendue par le BREF le 29 août 1985, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Gagné, Letarte, Sirois, Beaudet, Québec.

Procureurs de l'intimée: Pothier Bégin, Ste-Foy.

K.B.V. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. V. (K.B.)

File No.: 22944.

1993: June 16; 1993: July 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Accused grabbing three-year-old son in genital area to discipline him — Absence of evidence of sexual gratification — Accused convicted of sexual assault — Whether assault was a sexual assault.

The accused was charged with sexually assaulting his three-year-old son. In a statement to the police, he explained that he grabbed his son's genitals in order to deter him from grabbing the genital region of adults and to show him how much it hurts. The accused was convicted. The trial judge concluded that the absence of evidence of sexual gratification on the part of the accused was irrelevant in this case, given the other indicia which lead to the conclusion that the assault was in fact a sexual assault. The majority of the Court of Appeal upheld the accused's conviction.

Held (Sopinka J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: It was clearly open to the trial judge in this case to conclude, from all the circumstances, that the assault was one of a sexual nature. The assault was such that the sexual integrity of the child was violated.

Per Sopinka J. (dissenting): The lack of an intention of sexual gratification on the part of the accused was relevant in this case and changes the whole complexion of the accused's activity. In every aspect of the test for sexual assault, except the part of the body attacked, the assault was non-sexual in nature. The proper disposition

K.B.V. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. V. (K.B.)

N^o du greffe: 22944.

1993: 16 juin; 1993: 15 juillet.

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

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

Droit criminel — Agression sexuelle — L'accusé a empoigné les parties génitales de son fils de trois ans afin de le punir — Absence de preuve de plaisir sexuel — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — L'agression était-elle une agression sexuelle?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle contre son fils de trois ans. Dans une déclaration à la police, il a expliqué avoir empoigné les parties génitales de son fils afin de le dissuader de saisir les parties génitales d'adultes et de lui montrer à quel point cela est douloureux. L'accusé a été déclaré coupable. Le juge du procès a conclu que l'absence de preuve de plaisir sexuel chez l'accusé n'était pas pertinente en l'espèce, en raison des autres indices qui amenaient à conclure que l'agression était effectivement une agression sexuelle. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé.

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci: En l'espèce, il était clairement loisible au juge du procès de conclure, d'après toutes les circonstances, que l'agression était de nature sexuelle. Cette agression était telle qu'il y a eu atteinte à l'intégrité sexuelle de l'enfant.

Le juge Sopinka (dissident): L'absence d'intention de tirer un plaisir sexuel chez l'accusé est pertinente en l'espèce et modifie complètement le caractère de l'acte de l'accusé. Selon tous les aspects du critère applicable en matière d'agression sexuelle, sauf en ce qui concerne la partie du corps qui a fait l'objet de l'agression, celle-

is to dismiss the appeal and substitute a conviction for common assault.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Chase, [1987] 2 S.C.R. 293.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 271(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 20, 71 C.C.C. (3d) 65, 13 C.R. (4th) 87, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

Philip Campbell, for the appellant.

Susan L. Reid, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J.—This is an appeal which comes to us as of right. The appellant was convicted of sexually assaulting his three-year-old son by grabbing his genitals; the conviction was upheld by the Court of Appeal of Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 20, Grange J.A. dissenting on whether the assault was a sexual assault within the meaning of s. 271(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

In *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, the Court dealt with the offence of sexual assault and McIntyre J., after discussing applicable principles and authorities, stated, in delivering the judgment of the Court (at p. 302):

Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) of the *Criminal Code*

ci n'était pas de nature sexuelle. Il convient de rejeter le pourvoi et de substituer une déclaration de culpabilité de voies de fait simples.

a Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.

b Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Chase, [1987] 2 R.C.S. 293.

Lois et règlements cités

c *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 20, 71 C.C.C. (3d) 65, 13 C.R. (4th) 87, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

e *Philip Campbell*, pour l'appellant.

Susan L. Reid, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi est formé de plein droit. L'appelant a été déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement son fils de trois ans en lui empoignant les parties génitales; la déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 20, avec dissidence de la part du juge Grange sur la question de savoir si l'agression était une agression sexuelle au sens du par. 271(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, notre Cour a examiné l'infraction d'agression sexuelle et, après avoir analysé les principes et la jurisprudence applicables, le juge McIntyre a affirmé, en rendant l'arrêt de la Cour (à la p. 302):

L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1)

[now s. 265(1)] which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer". . . . The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant. . . . The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual. If the motive of the accused is sexual gratification, to the extent that this may appear from the evidence, it may be a factor in determining whether the conduct is sexual. It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances.

In the case at bar, the trial judge referred, as did Osborne J.A. for the majority in the Ontario Court of Appeal, generally to the above comments of McIntyre J. in convicting the appellant. Among other things, the appellant, on three occasions, violently clutched the little boy's scrotum and there was evidence of bruising and severe pain. In my view, it was clearly open to the trial judge to conclude from all the circumstances that the assault was one of a sexual nature and that the assault was such that the sexual integrity of the appellant's son was violated.

Accordingly, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—In my opinion, the learned trial judge in this case failed to accord any weight to the absence of any motive or intent on the part of the accused to seek sexual gratification in doing what he did. The weight to be accorded

du *Code criminel* [maintenant le par. 265(1)], qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif: «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?» [. . .] La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents. [. . .] L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Si le mobile de l'accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s'agir d'un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.

En l'espèce, le juge du procès a mentionné d'une manière générale, comme l'a fait le juge Osborne au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, les observations précédentes du juge McIntyre en concluant à la culpabilité de l'appellant. Ce dernier a notamment violemment saisi, à trois reprises, le scrotum du petit garçon qui, d'après la preuve, a subi des ecchymoses et éprouvé une vive douleur. À mon avis, il était clairement loisible au juge du procès de conclure, d'après toutes les circonstances, que l'agression était de nature sexuelle et qu'elle était telle qu'il y avait eu atteinte à l'intégrité sexuelle du fils de l'appellant.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissentant)—À mon avis, le juge du procès n'a pas tenu compte, en l'espèce, de l'absence de mobile ou d'intention de la part de l'accusé de tirer un plaisir sexuel de l'acte qu'il a commis. L'importance qui doit être accordée à ce

this factor in determining whether the assault is of a sexual nature will depend on the circumstances of the case. See *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at p. 302. I agree with Grange J.A., dissenting herein in the Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 20, who concluded as follows (at p. 26):

When I examine the undisputed circumstances of this assault, I cannot reach the same conclusion. I cannot agree that the lack of an intention of sexual gratification is irrelevant. It seems to me, in the circumstances of this case, most relevant and changes the whole complexion of the appellant's activity. In every aspect of the test, except the part of the body attacked, the assault was non-sexual in nature.

The assault was a misguided form of discipline and a cruel, unjustified attack upon a helpless child. It was assaultive; it was contemptible; it was deserving of punishment; but it was *not* sexual assault.

In light of *R. v. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246, [1966] 4 C.C.C. 108 (C.A.), the proper disposition is to dismiss the appeal and substitute a conviction for common assault. [Emphasis in original.]

I would dispose of the appeal as proposed by Grange J.A.

Appeal dismissed, SOPINKA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.

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

facteur pour déterminer si l'agression est de nature sexuelle dépend des circonstances de l'affaire. Voir *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, à la p. 302. Je suis d'accord avec le juge Grange, dissident en Cour d'appel (1992), 8 O.R. (3d) 20, qui a conclu ceci (à la p. 26):

[TRADUCTION] Lorsque j'examine les circonstances non contestées de cette agression, je ne puis arriver à la même conclusion. Je ne puis convenir que l'absence d'intention de tirer un plaisir sexuel n'est pas pertinente. Elle me semble, dans les circonstances de l'espèce, très pertinente et modifie complètement le caractère de l'acte de l'appelant. Selon tous les aspects du critère, sauf en ce qui concerne la partie du corps qui a fait l'objet de l'agression, celle-ci n'était pas de nature sexuelle.

L'agression constituait une mesure disciplinaire malencontreuse et une attaque cruelle et injustifiée contre un enfant sans défense. Elle était violente; elle était méprisante; elle méritait une punition; mais il *ne* s'agissait *pas* d'une agression sexuelle.

Compte tenu de l'arrêt *R. c. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246, [1966] 4 C.C.C. 108 (C.A.), il convient de rejeter l'appel et de substituer une déclaration de culpabilité de voies de fait simples. [En italique dans l'original.]

Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Grange.

Pourvoi rejeté, le juge SOPINKA est dissident.

Procureurs de l'appelant: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.

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



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 6, 1993 Vol. 2

6^e cahier, 1993 Vol. 2

Cited as [1993] 2 S.C.R. 861-993

Renvoi [1993] 2 R.C.S. 861-993

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

R. v. Brown 918

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to remain silent — Trial judge admitting into evidence tape recorded conversations between accused and undercover police officer — Accused arguing on appeal that evidence should have been excluded in light of Supreme Court of Canada decision rendered after trial — Whether accused's rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms violated.

R. v. Frazer 866

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-two-month pre-trial delay, including seven-month delay to accommodate defence and Crown — Fifteen-month appellate delay arising in part from work load resulting from *Askov* — Whether right to be tried within reasonable time includes appeal period — Whether right to be

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

R. c. Brown 918

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Admission par le juge du procès des conversations enregistrées entre l'accusé et un agent de police banalisé — Prétention de l'accusé en appel que la preuve aurait dû être écartée compte tenu d'un arrêt de la Cour suprême du Canada postérieur au procès — Y a-t-il eu violation des droits que l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés garantissait à l'accusé?

R. c. Frazer 866

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-deux mois écoulé avant la tenue du procès, incluant un délai de sept mois pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Délai d'appel de quinze mois résultant en partie de la charge de travail engendrée par l'arrêt *Askov* — Le droit d'être jugé dans un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

R. v. Gallagher..... 861

Constitutional law — Right to trial within reasonable delay — Stay of proceedings granted but overturned on appeal — Whether pre-trial delay unreasonable — Whether pre-trial delay, combined with appellate delay, amounting to violation of Charter right to trial within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

R. v. Potvin..... 880

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-six month pre-trial delay including delays to accommodate defence and Crown — Stay of proceedings granted — Eighteen-month appellate delay from granting of stay — Whether pre-trial delay offending s. 11(b) of the Charter — Whether s. 11(b) applicable to appellate delay — Whether s. 7 (abuse of process) applicable to appellate delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

Criminal law — Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-six month pre-trial delay including delays to accommodate defence and Crown — Stay of proceedings granted — Eighteen-month appellate delay from granting of stay — Whether pre-trial delay offending s. 11(b) of the Charter — Whether s. 11(b) applicable to appellate delay — Whether s. 7 (abuse of process) applicable to appellate delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

R. v. Tortone..... 973

Criminal law — Trial — Fairness — Narcotics charges — Accused's trial conducted intermittently over eight-month period — Trial judge stating that he had seriously considered declaring a mistrial but had decided not to do so because that would cause undue hardship to accused — Accused acquitted on certain charges — Acquittals overturned by Court of Appeal and new trial ordered — Whether trial judge erred in not declaring mistrial.

Criminal law — Narcotics — Accused acquitted on certain charges — Acquittals overturned by Court of Appeal and new trial ordered — Whether trial judge erred in failing to consider whether Crown had proved accused guilty of one of charges.

R. v. Tremblay..... 932

Criminal law — Indecent act — Bawdy-house — Public place — Nude dancers performing in individual cubicles — Clients permitted to be nude and to masturbate while watching performance — Whether community tolerance standard offended — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 193(1), 529(3), (4) (am. S.C. 1985, c. 19, s. 123, now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 210(1), 601(3), (4)).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

délai raisonnable comprend-il le délai d'appel? — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

R. c. Gallagher..... 861

Droit constitutionnel — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Arrêt des procédures accordé, puis annulé en appel — Le délai antérieur au procès était-il déraisonnable? — Le délai antérieur, conjugué au délai d'appel, viole-t-il le droit garanti par la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

R. c. Potvin..... 880

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-six mois écoulé avant la tenue du procès, incluant les délais pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Arrêt des procédures accordé — Délai d'appel de dix-huit mois écoulé à compter du moment où l'arrêt des procédures a été accordé — Le délai antérieur au procès contrevient-il à l'art. 11b) de la Charte? — L'article 11b) s'applique-t-il au délai d'appel? — L'article 7 (abus de procédure) s'applique-t-il au délai d'appel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

Droit criminel — Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-six mois écoulé avant la tenue du procès, incluant les délais pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Arrêt des procédures accordé — Délai d'appel de dix-huit mois écoulé à compter du moment où l'arrêt des procédures a été accordé — Le délai antérieur au procès contrevient-il à l'art. 11b) de la Charte? — L'article 11b) s'applique-t-il au délai d'appel? — L'article 7 (abus de procédure) s'applique-t-il au délai d'appel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

R. c. Tortone..... 973

Droit criminel — Procès — Équité — Accusations en matière de stupéfiants — Procès de l'accusé tenu de façon intermittente pendant une période de huit mois — Affirmation du juge du procès qu'il avait sérieusement envisagé de déclarer nul le procès mais qu'il avait décidé de ne pas le faire parce que cela causerait un préjudice indu à l'accusé — Acquiescement de l'accusé relativement à certaines accusations — Annulation des verdicts d'acquiescement par la Cour d'appel et ordonnance de nouveau procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne déclarant pas nul le procès?

Droit criminel — Stupéfiants — Acquiescement de l'accusé relativement à certaines accusations — Annulation des verdicts d'acquiescement par la Cour d'appel et ordonnance de nouveau procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'examinant pas si le ministère public avait prouvé la culpabilité de l'accusé relativement à l'une des accusations?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Trial — Procedure — Motion to amend charge — Motion made late in trial — Whether or not serious prejudice to accused.

Weatherall v. Canada (Attorney General)..... 872

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Prisoners — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Prisoners — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Female prison inmates not subject to cross-gender frisk searches and surveillance — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Prisons — Prisoners' rights — Frisk searches and surveillance — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe ss. 7, 8 and 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Tremblay..... 932

Droit criminel — Acte d'indécence — Maison de débauche — Endroit public — Danseuses nues se produisant en privé — Les clients pouvaient se dévêtir et se masturber pendant la prestation de la danseuse — A-t-on contrevenu à la norme de tolérance de la société? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193(1), 529(3), (4) (mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 123, maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 210(1), 601(3), (4)).

Procès — Procédure — Requête tendant à modifier l'acte d'accusation — Requête déposée à un stade avancé du procès — Un préjudice grave a-t-il été causé aux accusés?

Weatherall c. Canada (Procureur général) 872

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Prisonniers — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Prisonniers — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Prisonniers — Détenues dans les prisons pour femmes non soumises à des fouilles par palpation et à une surveillance par des personnes du sexe opposé — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Prisons — Droits des prisonniers — Fouilles par palpation et surveillance — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles aux art. 7, 8 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Robert Gallagher *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GALLAGHER

File No.: 22966.

1993: March 1; 1993: August 12.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Right to trial within reasonable delay — Stay of proceedings granted but overturned on appeal — Whether pre-trial delay unreasonable — Whether pre-trial delay, combined with appellate delay, amounting to violation of Charter right to trial within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

Appellant was charged with sexual assault on a child and, after various motions and a preliminary inquiry, was committed for trial some 21 months later. He successfully applied for a stay of the proceedings against him arguing that his right to a trial within a reasonable time, as guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*, had been infringed. The Court of Appeal, almost 14 months later, set aside the stay and ordered that he stand trial. At issue here are whether the pre-trial delay amounted to an unreasonable delay, and even if it did not, whether the appellate delay, when considered with the pre-trial delay, amounted to a *Charter* violation.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The delay between the charge and the stay was not unreasonable. With respect to appellate delay, for the reasons given in *R. v. Potvin*, s. 11(b) of the *Charter* has no application but a remedy under s. 7 may be sought. The delay was not unreasonable and did not occasion real prejudice. No unfairness was established so as to attract the provisions of s. 7.

Per Lamer C.J. and McLachlin and Major JJ.: The delay here, while falling to be considered under s. 11(b)

Robert Gallagher *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GALLAGHER

N^o du greffe: 22966.

1993: 1^{er} mars; 1993: 12 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Arrêt des procédures accordé, puis annulé en appel — Le délai antérieur au procès était-il déraisonnable? — Le délai antérieur, conjugué au délai d'appel, viole-t-il le droit garanti par la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

^e L'appelant a été accusé d'avoir agressé sexuellement une enfant et, quelque 21 mois plus tard, à la suite de différentes requêtes et d'une enquête préliminaire, il a été renvoyé à son procès. Il a demandé avec succès l'arrêt des procédures engagées contre lui, en faisant valoir qu'il y avait eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, que lui garantissait l'al. 11b) de la *Charte*. Presque 14 mois plus tard, la Cour d'appel a annulé l'arrêt des procédures et ordonné que l'appelant subisse son procès. En l'espèce, il s'agit de savoir si le délai antérieur au procès était déraisonnable et, même s'il ne l'était pas, si le délai d'appel, pris conjointement avec le délai antérieur au procès, contrevenait à la *Charte*.

^h *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Le délai écoulé entre le dépôt de l'accusation et l'arrêt des procédures n'était pas déraisonnable. Quant au délai d'appel, l'al. 11b) de la *Charte* ne s'applique pas pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, mais une réparation peut être demandée en vertu de l'art. 7. Le délai n'était pas déraisonnable et n'a causé aucun préjudice réel. On n'a établi l'existence d'aucune injustice susceptible de déclencher l'application de l'art. 7.

^j Le juge en chef Lamer et les juges McLachlin et Major: Même si, pour les motifs exposés dans l'arrêt *R.*

of the *Charter* for the reasons set out in *R. v. Potvin*, was not unreasonable and did not occasion real prejudice. The institutional delay caused by the large number of appeals in the aftermath of *R. v. Askov* was abnormal and unavoidable. The appellant demonstrated no prejudice and remained free throughout the proceedings.

Per La Forest J.: There was no unreasonable delay in this case. Discussion of the interplay between ss. 7 and 11(b) of the *Charter* was set out in *R. v. Potvin*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal from a judgment of Taliano J. and setting aside a stay of proceedings. Appeal dismissed.

James C. Fleming, for the appellant.

David Butt and *Eric Siebenmorgen*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—For the reasons set out in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, I am of the view that all the delay in this case falls to be considered under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Applying the principles applicable under s. 11(b), I am of the view that the delay was

c. Potvin, le délai écoulé en l'espèce doit faire l'objet d'un examen fondé sur l'al. 11b) de la *Charte*, ce délai n'était pas déraisonnable et n'a causé aucun préjudice réel. Le délai institutionnel engendré par le grand nombre d'appels interjetés à la suite de l'arrêt *R. c. Askov* était anormal et inévitable. L'appelant n'a démontré l'existence d'aucun préjudice et il est demeuré libre tout au long des procédures.

Le juge La Forest: Le délai écoulé en l'espèce n'était pas déraisonnable. Une analyse de l'interaction de l'art. 7 et de l'al. 11b) de la *Charte* est faite dans l'arrêt *R. c. Potvin*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; **arrêts mentionnés:** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; **arrêt mentionné:** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Taliano, et annulé un arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

James C. Fleming, pour l'appelant.

David Butt et *Eric Siebenmorgen*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, je suis d'avis que tout le délai écoulé en l'espèce doit faire l'objet d'un examen fondé sur l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Recourant aux principes applicables en vertu de

not unreasonable and did not occasion real prejudice.

On April 25, 1989, the appellant was charged with sexual assault on a child. After various motions and a preliminary inquiry, he was committed for trial. The date for trial was set for January 28, 1991. The appellant felt that his right under the *Charter* to a trial within a reasonable time had been infringed and applied for a stay of the proceedings against him. He was successful at first instance. The Crown appealed and the Court of Appeal on March 25, 1992 set aside the stay and ordered that he stand trial. The appellant now appeals to this court. He says that the Court of Appeal erred in setting aside the stay on account of pre-trial delay. And he adds a new complaint. He says that even if the Court of Appeal were right on the issue of pre-trial delay, the delay caused by the appeal, considered with the previous delay, has most certainly violated his *Charter* rights.

In this case, the delay between the charge and the entry of the stay was 21 months. This interval is sufficient to call for an examination of the delay. The delay cannot be blamed on the prosecuting authorities. Some of it flowed from the necessary requirements of the case. Much of it flowed from the appellant's motions to cross-examine the complainant on other incidents and to convert the trial into a preliminary inquiry. The appellant led no evidence that he was prejudiced by the delay. Some prejudice can be presumed from the fact that he suffered the stigma of being under prosecution during this time. On the other hand, the appellant was released the day he was charged on a promise to appear. In sum, the delay was not unreasonable given that the delay was not inordinate and the prejudice not great.

This leaves for consideration the delay after the stay. The delay between the stay and the Court of Appeal ruling is 16 months. There is no evidence that any of the delay was unreasonable. The notice of appeal was filed within the time limit. The

l'al. 11b), j'estime que le délai n'était pas déraisonnable et n'a causé aucun préjudice réel.

Le 25 avril 1989, l'appelant a été accusé d'avoir agressé sexuellement une enfant. À la suite de différentes requêtes et d'une enquête préliminaire, il a été renvoyé à son procès dont la date a été fixée au 28 janvier 1991. L'appelant a estimé qu'il y avait eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, que lui garantit la *Charte*, et il a demandé l'arrêt des procédures engagées contre lui. Il a eu gain de cause en première instance. Le ministère public a interjeté appel et, le 25 mars 1992, la Cour d'appel a annulé l'arrêt des procédures et ordonné que l'appelant subisse son procès. L'appelant se pourvoit maintenant devant notre Cour. Il soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en annulant l'arrêt des procédures en raison du délai antérieur au procès. En outre, il invoque un nouveau moyen. Il affirme que même si la Cour d'appel avait raison sur la question du délai antérieur au procès, le délai imputable à l'appel, pris conjointement avec le délai antérieur, a de toute évidence violé les droits que lui garantit la *Charte*.

En l'espèce, il s'est écoulé 21 mois entre le dépôt de l'accusation et l'arrêt des procédures. Cet intervalle est suffisant pour justifier un examen du délai. Le délai ne peut être imputé au ministère public. Il a été causé en partie par les exigences inhérentes de l'affaire et, dans une large mesure, par les requêtes de l'appelant visant à contre-interroger la plaignante sur d'autres incidents et à transformer le procès en une enquête préliminaire. L'appelant n'a présenté aucune preuve que le délai lui a causé un préjudice. On peut présumer qu'un certain préjudice a résulté du fait qu'il a subi l'opprobre lié aux poursuites dont il faisait l'objet au cours de cette période. Par ailleurs, le jour où il a été accusé, l'appelant a été libéré en échange d'une promesse de comparaître. Bref, le délai n'était pas déraisonnable étant donné qu'il n'était pas démesuré et que le préjudice subi n'était pas grave.

Reste le délai postérieur à l'arrêt des procédures. Il s'est écoulé 16 mois entre l'arrêt des procédures et la décision de la Cour d'appel. Il n'y a aucune preuve que tout délai écoulé ait été déraisonnable. L'avis d'appel a été déposé dans le délai prescrit.

Crown then reviewed the case to make a decision as to whether to proceed with the appeal. The large number of appeals arising in the aftermath of *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, caused abnormal institutional delay. This was unfortunate, but largely unavoidable. It took several months to compile the necessary transcripts, a period which cannot in all circumstances be said to be much overlong. On the other side of the balance, there was no prejudice to the appellant beyond the prejudice one must assume from the stress related to ongoing proceedings and the possibility of their being overturned. The appellant remained free throughout the proceedings, his liberty unimpaired. These factors, considered together, fall short of establishing that the delay was unreasonable.

Given the reasons for the delay before and after the stay and the degree of prejudice suffered, it cannot be said that the delay in this case was unreasonable.

Disposition of the Appeal

I would dismiss this appeal and confirm the order that the trial proceed.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—Like my colleagues, I do not think there was unreasonable delay in this case and I would accordingly dismiss the appeal and confirm the order that the trial proceed. I have set forth my views on the interplay between ss. 7 and 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in my reasons in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880.

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

SOPINKA J.—I have read the reasons for judgment of my colleague Justice McLachlin herein. I agree with McLachlin J. that, having regard to the relevant factors to be considered as expressed in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Morin*,

Le ministère public a alors examiné l'affaire afin de déterminer s'il fallait poursuivre l'appel. Le grand nombre d'appels interjetés à la suite de l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, a engendré un délai institutionnel anormal. Cela était regrettable mais, dans une large mesure, inévitable. Il a fallu plusieurs mois pour compiler les transcriptions nécessaires, un laps de temps qui ne peut, compte tenu de toutes les circonstances, être jugé beaucoup trop long. Par ailleurs, l'appellant n'a subi aucun autre préjudice que celui qui, doit-on présumer, découle du stress lié aux procédures en cours et à la possibilité qu'elles soient annulées. L'appellant est demeuré libre tout au long des procédures et il n'a subi aucune atteinte à sa liberté. L'ensemble de ces facteurs ne permet pas d'établir que le délai était déraisonnable.

Compte tenu des raisons du délai antérieur et postérieur à l'arrêt des procédures et de l'importance du préjudice subi, on ne peut affirmer que le délai écoulé en l'espèce était déraisonnable.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de poursuivre le procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—À l'instar de mes collègues, je ne crois pas que le délai écoulé en l'espèce était déraisonnable et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de poursuivre le procès. Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, j'ai exposé mon point de vue sur l'interaction de l'art. 7 et de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

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

LE JUGE SOPINKA—J'ai lu les motifs de jugement que ma collègue le juge McLachlin a rédigés en l'espèce. Je suis d'accord avec le juge McLachlin pour dire que, compte tenu des facteurs pertinents qui doivent être considérés d'après les

[1992] 1 S.C.R. 771, the delay between the charge and the stay was not unreasonable.

With respect to appellate delay, for the reasons I stated in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application. A remedy may, however, be sought under s. 7 of the *Charter*. In this regard, I agree with the conclusion of McLachlin J. that the delay was not unreasonable and did not occasion real prejudice. In the circumstances, no unfairness has been established so as to attract the provisions of s. 7.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

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

arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, le délai écoulé entre le dépôt de l'accusation et l'arrêt des procédures n'était pas déraisonnable.

^a

Quant au délai d'appel, l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880. Une réparation peut cependant être demandée en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. À cet égard, je suis d'accord avec la conclusion du juge McLachlin que le délai n'était pas déraisonnable et n'a causé aucun préjudice réel. Dans les circonstances, on n'a établi l'existence d'aucune injustice susceptible de déclencher l'application de l'art. 7.

^b

^c

Pourvoi rejeté.

^d

Procureurs de l'appelant: Rosen, Fleming, Toronto.

^e

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

David Brian Frazer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FRAZER

File No.: 22936.

1993: March 1; 1993: August 12.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-two-month pre-trial delay, including seven-month delay to accommodate defence and Crown — Fifteen-month appellate delay arising in part from work load resulting from Askov — Whether right to be tried within reasonable time includes appeal period — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

Appellant was charged on December 21, 1988, with impaired driving causing death and operating a motor vehicle with a blood alcohol content over .08. The 22-month pre-trial delay resulted in part because of a four-month delay to accommodate the defence and a three-month delay to accommodate the Crown. Older and in-custody cases were given priority in rescheduling the trial. Appellant successfully applied for a stay of proceedings when the trial began on November 8, 1990. The Court of Appeal heard the appeal after a 15-month delay — seven months for the Crown to prepare the materials and six months to schedule a hearing — and set aside the stay and ordered that the appellant stand trial. The issue of appellate delay was fully argued but the Court of Appeal declined to decide this issue on the basis that *Charter* issues should be dealt with by the judge of the first instance.

Held: The appeal should be dismissed.

David Brian Frazer *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. FRAZER

^b N^o du greffe: 22936.

1993: 1^{er} mars; 1993: 12 août.

^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-deux mois écoulé avant la tenue du procès, incluant un délai de sept mois pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Délai d'appel de quinze mois résultant en partie de la charge de travail engendrée par l'arrêt Askov — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable comprend-il le délai d'appel? — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

^d Le 21 décembre 1988, l'appellant a été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et de conduite d'un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie dépassait quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang. Le délai de 22 mois écoulé avant la tenue du procès résultait en partie d'un délai de quatre mois pour satisfaire aux demandes de la défense et d'un délai de trois mois pour satisfaire aux demandes du ministère public. Des affaires plus anciennes et concernant des personnes détenues ont eu la priorité quand il a fallu fixer une nouvelle date de procès. L'appellant a obtenu un arrêt des procédures à l'ouverture du procès le 8 novembre 1990. Il s'est écoulé un délai de 15 mois — soit sept mois pour la préparation des documents par le ministère public et six mois pour fixer la date de l'audience — avant que la Cour d'appel entende l'appel, annule l'arrêt des procédures et ordonne que l'appellant subisse son procès. La Cour d'appel a entendu des plaidoiries complètes sur la question du délai d'appel, mais elle a refusé de la trancher pour le motif que les questions relatives à la *Charte* devraient être tranchées par le ^e ^f ^g ^h ⁱ ^j juge de première instance.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Per Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The delay between the charge and the stay was not unreasonable. With respect to appellate delay, for the reasons given in *R. v. Potvin*, s. 11(b) of the *Charter* has no application but a remedy under s. 7 may be sought. The delay was not unreasonable and did not occasion real prejudice. No unfairness was established so as to attract the provisions of s. 7.

Per Lamer C.J. and McLachlin and Major JJ.: The pre-trial delay was not unreasonable given the accommodations made for the defence and Crown. The appellant was not in custody or subject to restrictive bail conditions during the pre-trial period and led no evidence of prejudice.

The appellate delay was not unreasonable either. The delay was caused in part by office inefficiency and in part by the high volume of Crown appeals following *R. v. Askov*. The effect of *Askov* on the Crown and the courts must be considered in determining the reasonableness of delay. Legal and social conditions can increase the volume of work to such an extent that longer delays are inevitable. The legal system cannot be expected to adjust immediately to meet sudden or short term increases in the volume of cases. There was no evidence led of the nature of the prejudice experienced by the appellant.

Per La Forest J.: There was no unreasonable delay in this case. Discussion of the interplay between ss. 7 and 11(b) of the *Charter* was set out in *R. v. Potvin*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *R. v. Gallagher*, [1993] 2 S.C.R. 861; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880.

Les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Le délai écoulé entre le dépôt de l'accusation et l'arrêt des procédures n'était pas déraisonnable. Quant au délai d'appel, l'al. 11b) de la *Charte* ne s'applique pas pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, mais une réparation peut être demandée en vertu de l'art. 7. Le délai n'était pas déraisonnable et n'a causé aucun préjudice réel. On n'a établi l'existence d'aucune injustice susceptible de déclencher l'application de l'art. 7.

Le juge en chef Lamer et les juges McLachlin et Major: Le délai antérieur au procès n'était pas déraisonnable puisqu'on a satisfait aux demandes de la défense et du ministère public. L'appelant n'était ni détenu ni assujéti à des conditions restrictives de liberté sous caution durant la période qui a précédé le procès et il n'a présenté aucune preuve de l'existence d'un préjudice.

Le délai d'appel n'était pas déraisonnable non plus. Le délai était imputable en partie à l'inefficacité bureaucratique et en partie au grand nombre d'appels interjetés par le ministère public à la suite de l'arrêt *R. c. Askov*. Il faut tenir compte de l'effet de l'arrêt *Askov* sur le ministère public et les cours de justice pour déterminer si le délai est raisonnable. Les conditions juridiques et sociales peuvent accroître la charge de travail à tel point que des délais plus longs sont inévitables. On ne peut pas s'attendre à ce que le système juridique s'ajuste immédiatement pour répondre aux augmentations soudaines ou à court terme du nombre d'affaires. Aucune preuve n'a porté sur la nature du préjudice subi par l'appelant.

Le juge La Forest: Le délai écoulé en l'espèce n'était pas déraisonnable. Une analyse de l'interaction de l'art. 7 et l'al. 11b) de la *Charte* est faite dans l'arrêt *R. c. Potvin*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; **arrêts mentionnés:** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gallagher*, [1993] 2 R.C.S. 861; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 57, 55 O.A.C. 194, allowing an appeal from a stay of proceedings imposed by Kerr J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Max Epstein, for the appellant.

David Butt and *Eric Siebenmorgen*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—For the reasons set out in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, I am of the view that all the delay in this case falls to be considered under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Applying s. 11(b), it is my view that this appeal must fail.

On December 21, 1988, the appellant was charged with impaired driving causing death and operating a motor vehicle with a blood alcohol content over .08. After a preliminary inquiry, the trial date was set for October 2, 1989. The trial had to be adjourned twice. The first adjournment occurred because defence counsel was not available. The second adjournment occurred because one of the crown's witnesses was unavailable. There was difficulty in rescheduling and hearing the trial because there were older and in-custody cases which had priority. An attempt was made to hear the case in July 1990 but the judge who had thought this possible was subsequently unavailable. The trial date was set at November 8, 1990. On this date, the appellant was successful on an application to stay proceedings on the ground that his rights under the *Charter* to a trial within a reasonable time had been infringed. The Crown appealed and the Court of Appeal on March 11, 1992 set aside the stay and ordered that the appellant stand trial. The appellant at the Court of Appeal raised the issue that the appeal should be dismissed due to the appellate delay attributable to

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 57, 55 O.A.C. 194, qui a accueilli l'appel interjeté contre l'arrêt des procédures imposé par le juge Kerr, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Max Epstein, pour l'appellant.

David Butt et *Eric Siebenmorgen*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, je suis d'avis que tout le délai écoulé en l'espèce doit faire l'objet d'un examen fondé sur l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appliquant l'al. 11b), j'estime que le présent pourvoi doit échouer.

Le 21 décembre 1988, l'appellant a été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et de conduite d'un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie dépassait quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang. À la suite de l'enquête préliminaire, la date du procès a été fixée au 2 octobre 1989. Le procès a dû être ajourné deux fois. Le premier ajournement a eu lieu parce que l'avocat de la défense n'était pas disponible. Le deuxième ajournement a eu lieu parce que l'un des témoins à charge n'était pas disponible. Il a été difficile de fixer une nouvelle date du procès et de procéder à son instruction parce que des affaires plus anciennes et concernant des personnes détenues avaient la priorité. On a bien essayé d'entendre l'affaire en juillet 1990, mais le juge qui avait cru cela possible n'a pas été disponible par la suite. La date du procès a été fixée au 8 novembre 1990. Ce jour-là, l'appellant a obtenu un arrêt des procédures pour le motif qu'il y avait eu atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit la *Charte*. Le ministère public a interjeté appel et, le 11 mars 1992, la Cour d'appel a annulé l'arrêt des procédures et ordonné que l'appellant

the Crown. The Court of Appeal heard full argument on this issue, but declined to decide this issue on the basis that *Charter* issues should be dealt with by the judge of the first instance—(1992), 8 O.R. (3d) 57.

The delay between the charge and the commencement of the trial was 22 months. The length of the delay warrants examination. Four months of the delay was caused by the defence counsel who was unavailable for the first scheduled trial date. The Crown can be considered responsible for three months of the delay because they requested an adjournment because a witness—the officer in charge of the investigation—was unavailable. The appellant led no evidence of prejudice. The appellant was not in custody or subject to restrictive bail conditions during the pre-trial period.

This leaves the question of post-trial appellate delay. Assuming the evidence of the delay was properly before this Court (the accused made no motion to adduce fresh evidence), I do not find that the delay in this case violated the accused's rights under s. 11(b) of the *Charter*. The total appellate delay was 15 months from the filing of the notice of appeal to the disposition of the appeal. The Crown took seven months to prepare the materials for the appeal. There was a delay of six months before the Crown secured a date before the Court of Appeal. This appears to be caused by three factors: the file was shuffled back and forth between senior and junior counsel; the volume of work was abnormally high because the Crown was appealing many decisions which were the result of this Court's decision in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; and the Court of Appeal would not allow Crown counsel to schedule the appeal until her factum was completed. As I noted in *R. v. Gallagher*, [1993] 2 S.C.R. 861, the effect of the *Askov* decision on the Crown and the courts must be considered in determining the reasonableness of delay. Legal and social conditions can increase the

subisse son procès. Devant la Cour d'appel, ce dernier a fait valoir que l'appel devrait être rejeté en raison du délai d'appel imputable au ministère public. La Cour d'appel a entendu des plaidoiries complètes sur ce point, mais elle a refusé de le trancher pour le motif que les questions relatives à la *Charte* devraient être tranchées par le juge de première instance—(1992), 8 O.R. (3d) 57.

Il s'est écoulé 22 mois entre le dépôt de l'accusation et le début du procès. La longueur du délai justifie un examen. Une partie de ce délai, soit quatre mois, est due au fait que l'avocat de la défense n'était pas disponible pour la première date du procès qui avait été fixée. Une autre partie du délai, soit trois mois, est imputable au ministère public du fait qu'il a demandé un ajournement parce qu'un témoin, l'agent chargé de l'enquête, n'était pas disponible. L'appelant n'a présenté aucune preuve de l'existence d'un préjudice. L'appelant n'était ni détenu ni assujéti à des conditions restrictives de liberté sous caution durant la période qui a précédé le procès.

Reste la question du délai d'appel postérieur au procès. En supposant que notre Cour a été dûment saisie de la preuve du délai (l'accusé n'a présenté aucune requête visant la production de nouveaux éléments de preuve), je ne conclus pas que le délai écoulé en l'espèce viole les droits que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à l'accusé. En tout, 15 mois se sont écoulés entre le dépôt de l'avis d'appel et le moment où l'appel a été tranché. Le ministère public a mis sept mois à préparer les documents relatifs à l'appel. Il s'est écoulé un délai de six mois avant que le ministère public n'obtienne une date d'audition devant la Cour d'appel. Cela semble découler de trois facteurs: le dossier est passé des avocats principaux aux avocats adjoints et vice-versa, la charge de travail était anormalement lourde parce que le ministère public en appelait d'un bon nombre de décisions découlant de l'arrêt de notre Cour *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et la Cour d'appel a exigé de l'avocate du ministère public qu'elle complète son mémoire avant de pouvoir demander une date d'audition de l'appel. Comme je l'ai souligné dans *R. c. Gallagher*, [1993] 2 R.C.S. 861, il faut tenir compte de

volume of work to such an extent that longer delays are inevitable. The legal system cannot be expected to adjust immediately to meet sudden or short term increases in the volume of cases. There was no evidence led of the nature of the prejudice experienced by the appellant. While in this case, the Crown could perhaps have been more diligent and efficient, I do not think that the delay in all the circumstances was unreasonable.

Given the reasons for the delay and the degree of prejudice suffered, I conclude that the appellant's s. 11(b) rights were not violated by the delay in this case.

I would dismiss this appeal and confirm the order that the trial proceed.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—Like my colleagues, I do not think there was unreasonable delay in this case and I would accordingly dismiss the appeal and confirm the order that the trial proceed. I have set forth my views on the interplay between ss. 7 and 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in my reasons in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880.

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

SOPINKA J.—I have read the reasons for judgment of my colleague Justice McLachlin herein. I agree with McLachlin J. that, having regard to the relevant factors to be considered as expressed in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, the delay between the charge and the stay was not unreasonable.

l'effet de l'arrêt *Askov* sur le ministère public et les cours de justice pour déterminer si le délai est raisonnable. Les conditions juridiques et sociales peuvent accroître la charge de travail à tel point que des délais plus longs sont inévitables. On ne peut pas s'attendre à ce que le système juridique s'ajuste immédiatement pour répondre aux augmentations soudaines ou à court terme du nombre d'affaires. Aucune preuve n'a porté sur la nature du préjudice subi par l'appellant. Même si, en l'espèce, le ministère public aurait peut-être pu faire preuve de plus de diligence et d'efficacité, je ne crois pas que le délai était déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances.

Vu les raisons du délai et l'importance du préjudice subi, je conclus que le délai écoulé en l'espèce ne viole pas les droits que l'al. 11b) garantit à l'appelant.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de poursuivre le procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—À l'instar de mes collègues, je ne crois pas que le délai écoulé en l'espèce était déraisonnable et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de poursuivre le procès. Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, j'ai exposé mon point de vue sur l'interaction de l'art. 7 et de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

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

LE JUGE SOPINKA—J'ai lu les motifs de jugement que ma collègue le juge McLachlin a rédigés en l'espèce. Je suis d'accord avec le juge McLachlin pour dire que, compte tenu des facteurs pertinents qui doivent être considérés d'après les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199 et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, le délai écoulé entre le dépôt de l'accusation et l'arrêt des procédures n'était pas déraisonnable.

With respect to appellate delay, for the reasons I stated in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application. A remedy may, however, be sought under s. 7 of the *Charter*. In this regard, I agree with the conclusion of McLachlin J. that the delay was not unreasonable and did not occasion real prejudice. In the circumstances, no unfairness has been established so as to attract the provisions of s. 7.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Max Epstein, Toronto.

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

Quant au délai d'appel, l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880. Une réparation peut cependant être demandée en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. À cet égard, je suis d'accord avec la conclusion du juge McLachlin que le délai n'était pas déraisonnable et n'a causé aucun préjudice réel. Dans les circonstances, on n'a établi l'existence d'aucune injustice susceptible de déclencher l'application de l'art. 7.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Max Epstein, Toronto.

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

Philip Conway *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, the Women's Legal Education and Action Fund, and the Minority Advocacy and Rights Council *Interveners*

INDEXED AS: WEATHERALL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 22633.

1993: March 25; 1993: August 12.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Prisoners — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Prisoners — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Female prison inmates not subject to cross-gender frisk searches and surveillance — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells

Philip Conway *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Conseil de revendication des droits des minorités** *Intervenants*

^d **RÉPERTORIÉ: WEATHERALL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

N° du greffe: 22633.

^e 1993: 25 mars; 1993: 12 août.

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

^f EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Prisonniers — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

^h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Prisonniers — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

ⁱ *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Prisonniers — Détenues dans les prisons pour femmes non soumises à des fouilles par palpation et à une surveillance par des personnes du sexe opposé — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du*

in male prisons by female guards infringe s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Prisons — Prisoners' rights — Frisk searches and surveillance — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe ss. 7, 8 and 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

A prison inmate challenged in the Federal Court, Trial Division the constitutionality of frisk searching and patrolling of cell ranges conducted in male prisons by female guards. The frisk search consists of a hand search of a clothed inmate from head to foot. Touching of the genital area, although not specifically precluded, is avoided. The surveillance patrols consist of regular scheduled cell patrols ("counts") and unannounced patrols conducted at random times every hour ("winds"). The inmate objected to the cross-gender touching that occurs during a frisk search and to the female guards' possible viewing of inmates while undressed or while using the toilet during counts and winds. The trial judge concluded that the cross-gender frisk searches did not violate ss. 7, 8 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but that the winds conducted by female guards constituted an invasion of privacy of male inmates contrary to s. 8. The Federal Court of Appeal set aside the judgment, holding that neither the cross-gender frisk searches nor the cross-gender winds were unconstitutional.

Held: The appeal should be dismissed.

The frisk search, the count and the wind are all practices necessary in a prison for the security of the institution, the public and the prisoners themselves. The possible inappropriate effects of these practices are minimized by the provision of special training to ensure they are professionally executed with due regard for the dignity of the inmate. A substantially reduced level of privacy is present in prison—a prison cell is expected to be exposed and to require observation—and a prisoner thus cannot hold a reasonable expectation of privacy with respect to these practices. This conclusion is unaffected by the fact that the practices at times may be con-

sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Prisons — Droits des prisonniers — Fouilles par palpation et surveillance — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles aux art. 7, 8 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Un détenu dans une prison a contesté devant la Cour fédérale, Section de première instance, la constitutionnalité des fouilles par palpation et des rondes de surveillance des rangées de cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes. La fouille par palpation s'effectue avec les mains sur un détenu vêtu, en procédant de la tête aux pieds. Même s'il n'est pas expressément interdit de toucher les organes génitaux, on évite de le faire. Les rondes de surveillance consistent à inspecter les cellules régulièrement à heures fixes («dénombrements») et à effectuer toutes les heures, mais à intervalles irréguliers, une visite à l'improviste («rondes éclairs»). Le détenu s'est opposé à l'attouchement par une personne du sexe opposé effectué pendant une fouille par palpation et à la possibilité que, pendant un dénombrement ou une ronde éclair, les gardiens du sexe féminin voient les détenus dévêtus ou en train d'utiliser les toilettes. Le juge de première instance a conclu que les fouilles par palpation effectuées par des personnes du sexe opposé ne violaient pas les art. 7, 8 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que les rondes éclairs effectuées par des gardes du sexe féminin constituaient une atteinte à la vie privée des détenus du sexe masculin, contrairement à l'art. 8. La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement en concluant que ni les fouilles par palpation ni les rondes éclairs effectuées par des personnes du sexe opposé n'étaient inconstitutionnelles.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Dans une prison, la fouille par palpation, le dénombrement et la ronde éclair sont tous des pratiques nécessaires pour assurer la sécurité de l'établissement, du public et des détenus eux-mêmes. Le risque que les pratiques aient des effets fâcheux est réduit au minimum grâce à une formation spéciale destinée à assurer que ces pratiques soient mises en œuvre professionnellement et dans le respect de la dignité du détenu. L'intimité dont jouit le détenu dans une prison est considérablement réduite—on s'attend à ce que l'intérieur d'une cellule de prison soit visible et requière une surveillance—et il ne peut donc s'attendre raisonnablement à ce que

ducted by female guards. There being no reasonable expectation of privacy, s. 8 of the *Charter* is not called into play; nor is s. 7 implicated.

It does not follow from the fact that female prison inmates are not subject to cross-gender frisk searches and surveillance that these practices result in discriminatory treatment of male inmates. Equality under s. 15(1) of the *Charter* does not necessarily connote identical treatment; in fact, different treatment may be called for in certain cases to promote equality. Equality, in the present context, does not demand that practices which are forbidden where male officers guard female inmates must also be banned where female officers guard male inmates. Given the historical, biological and sociological differences between men and women, it is clear that the effect of cross-gender searching is different and more threatening for women than for men. In any event, even if this different treatment amounts to a breach of s. 15(1), the practices are saved by s. 1 of the *Charter*. The important government objectives of inmate rehabilitation and security of the institution are promoted as a result of the humanizing effect of having women in these positions. Moreover, Parliament's ideal of achieving employment equity is given a material application by way of this initiative. The proportionality of the means used to the importance of these ends would thus justify the breach of s. 15(1), if any.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 15.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 85, 112 N.R. 379, 78 C.R. (3d) 257, 49 C.R.R. 347, 58 C.C.C. (3d) 424, reversing in part the judgment of the Trial Division, [1988] 1 F.C. 369, 11 F.T.R. 279, 59 C.R. (3d) 247, 32 C.R.R. 273. Appeal dismissed.

Fergus J. O'Connor and Peter Napier, for the appellant.

sa vie privée soit respectée dans le cadre de ces pratiques. Cela ne change rien que ce soient des gardiens du sexe féminin qui se livrent parfois à ces pratiques. Comme il n'y a aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée, l'art. 8 de la *Charte* n'est pas mis en jeu, ni d'ailleurs l'art. 7.

Ces pratiques n'engendrent pas un traitement discriminatoire des détenus du sexe masculin du fait que les détenues dans les prisons pour femmes ne sont pas soumises à des fouilles par palpation et à une surveillance par des personnes du sexe opposé. L'égalité, au sens du par. 15(1) de la *Charte*, n'implique pas nécessairement un traitement identique; en fait, un traitement différent peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour promouvoir l'égalité. L'égalité, dans le présent contexte, n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des gardiens du sexe féminin sont affectés à la garde d'hommes détenus. Compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, il est évident que la fouille effectuée par une personne du sexe opposé n'a pas le même effet pour les hommes que pour les femmes et représente une plus grande menace pour ces dernières. Quoi qu'il en soit, même si ce traitement différent viole le par. 15(1), les pratiques en question sont sauvegardées par l'article premier de la *Charte*. La réalisation des objectifs gouvernementaux importants de la réadaptation des détenus et de la sécurité de l'établissement est favorisée par l'effet humanisant de la présence des femmes dans ces postes. En outre, cette initiative constitue une application concrète de l'idéal visé par le Parlement, soit l'équité en matière d'emploi. La proportionnalité des moyens utilisés par rapport à l'importance de ces fins justifierait donc la violation du par. 15(1), le cas échéant.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 85, 112 N.R. 379, 78 C.R. (3d) 257, 49 C.R.R. 347, 58 C.C.C. (3d) 424, qui a infirmé en partie le jugement de la Section de première instance, [1988] 1 C.F. 369, 11 F.T.R. 279, 59 C.R. (3d) 247, 32 C.R.R. 273. Pourvoi rejeté.

Fergus J. O'Connor et Peter Napier, pour l'appelant.

Brian J. Saunders and James R. Hendry, for the respondent.

M. David Lepofsky and Dianne Dougall, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Madeleine Aubé, Gilles Laporte and Stéphane Marsolais, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Frank A. V. Falzon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Anne M. Molloy and David Baker, for the intervener COPOH.

Elizabeth J. Shilton, Arleen V. Huggins and Karen Schucher, for the intervener LEAF.

Raj Anand and Beth Symes, for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—In this appeal from the Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 85, the appellant challenges the constitutionality of frisk searching and patrolling of cell ranges conducted in male penitentiaries by female guards pursuant to ss. 7, 8 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The frisk search consists of a hand search of a clothed inmate, from head to foot, down the front and rear of the body, around the legs and inside clothing folds, pockets and footwear and includes searching by use of hand-held scanning devices. Although touching of the genital area is not specifically precluded in this type of search, it is avoided; the appellant testified that he had never been touched in the genital area during a frisk. The frisk search ordinarily lasts five seconds, although on occasion, might take up to fifteen. The patrolling practices challenged by the appellant are two-fold: the “count” and the “wind”. Counts are performed regularly at four scheduled times daily. An

Brian J. Saunders et James R. Hendry, pour l’intimée.

M. David Lepofsky et Dianne Dougall, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Madeleine Aubé, Gilles Laporte et Stéphane Marsolais, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Frank A. V. Falzon, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Anne M. Molloy et David Baker, pour l’intervenante COPOH.

Elizabeth J. Shilton, Arleen V. Huggins et Karen Schucher, pour l’intervenant FAEJ.

Raj Anand et Beth Symes, pour l’intervenant le Conseil de revendication des droits des minorités.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Dans le présent pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [1991] 1 C.F. 85, l’appelant conteste, conformément aux art. 7, 8 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité des fouilles par palpation et des rondes de surveillance des rangées de cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les pénitenciers pour hommes.

La fouille par palpation s’effectue avec les mains sur un détenu vêtu, de la tête aux pieds, devant et derrière, autour des jambes et à l’intérieur des plis de vêtements, des poches et des chaussures, et comporte l’utilisation de détecteurs portatifs. Même si, dans ce type de fouille, il n’est pas expressément interdit de toucher les organes génitaux, on évite de le faire; l’appelant a témoigné qu’on ne lui avait jamais touché les organes génitaux au cours d’une fouille par palpation. Une telle fouille dure en général cinq secondes, bien qu’il puisse arriver qu’elle dure jusqu’à quinze secondes. L’appelant conteste deux pratiques en matière de rondes de surveillance: le

officer first announces the count at the top of the particular range to be counted, to let the inmates know that the count is starting, and then walks down the range looking into each cell for two or three seconds in order to ensure that the inmate is accounted for and is alive and well. Winds are conducted once an hour but, in contrast, are conducted at random times and are unannounced. This surveillance technique is performed in this way to preserve an element of surprise in order to verify that the inmates are not engaged in any activities detrimental to the good order and security of the institution. In practice, the first inmate on the range to see the officer alerts the other inmates to the wind.

The appellant objected to the cross-gender touching that occurs during the frisk search and to the female guards' possible viewing of inmates while undressed or while using the bathroom facilities in their cells during counts and winds. During oral argument, counsel for the appellant abandoned its objection to the counts, recognizing that the inmates are sufficiently warned of the upcoming surveillance to avoid these results.

The possible inappropriate effects of the practices are minimized by the provision of special training to ensure they are professionally executed with due regard for the dignity of the inmate. Few complaints are received from inmates regarding invasions of privacy by virtue of having been searched by a female officer. Regarding the winds, the occasions when an inmate might be seen unclothed or tending to personal functions are rare and fleeting: one or two times a year, according to the appellant, for the two or three seconds it takes a guard to view the cell. Modesty barriers, which are placed in front of the cell toilets so that officers can only view the inmates from the waist up while using the facilities, are present in certain cell blocks.

«dénombrement» et les «rondes éclairs». Le dénombrement est effectué régulièrement quatre fois par jour à heures fixes. Un gardien prévient les détenus que le dénombrement commence en l'annonçant à la tête de la rangée où il doit être effectué, puis il parcourt la rangée en regardant à l'intérieur de chaque cellule pendant deux ou trois secondes afin de vérifier si le détenu s'y trouve et s'il se porte bien. Les rondes éclairs sont effectuées toutes les heures, mais, par contre, à intervalles irréguliers et à l'improviste. Cette technique de surveillance vise à maintenir un élément de surprise afin de s'assurer que les détenus ne se livrent pas à des activités qui nuisent au bon ordre et à la sécurité de l'établissement. En pratique, le premier détenu de la rangée à apercevoir le gardien prévient les autres de la ronde éclair.

L'appelant s'est opposé à l'attouchement par une personne du sexe opposé effectué pendant la fouille par palpation et à la possibilité que, pendant un dénombrement ou une ronde éclair, les gardiens du sexe féminin voient les détenus dévêtus ou en train d'utiliser les toilettes de leur cellule. Au cours de son argumentation orale, l'avocat de l'appelant a laissé tomber son objection aux dénombrements, reconnaissant que les détenus sont suffisamment prévenus du contrôle imminent pour éviter de telles situations.

Le risque que les pratiques aient des effets fâcheux est réduit au minimum grâce à une formation spéciale destinée à assurer que ces pratiques soient mises en œuvre professionnellement et dans le respect de la dignité du détenu. Peu de détenus se plaignent d'atteinte à la vie privée en raison d'une fouille effectuée par un gardien du sexe féminin. En ce qui concerne les rondes éclairs, les occasions où un détenu risque d'être vu dévêtu ou occupé à des activités intimes sont rares et brèves: une ou deux fois par année, selon l'appelant, pendant les deux ou trois secondes nécessaires au gardien pour examiner la cellule. Certains pavillons cellulaires sont dotés de paravents installés devant les toilettes de la cellule de façon à ce que les gardiens ne puissent voir le détenu qu'à partir de la ceinture lorsque ce dernier utilise les toilettes.

Imprisonment necessarily entails surveillance, searching and scrutiny. A prison cell is expected to be exposed and to require observation. The frisk search, the count and the wind are all practices necessary in a penitentiary for the security of the institution, the public and indeed the prisoners themselves. A substantially reduced level of privacy is present in this setting and a prisoner thus cannot hold a reasonable expectation of privacy with respect to these practices. This conclusion is unaffected by the fact that the practices at times may be conducted by female guards. There being no reasonable expectation of privacy, s. 8 of the *Charter* is not called into play; nor is s. 7 implicated.

It is also doubtful that s. 15(1) is violated. In arguing that the impugned practices result in discriminatory treatment of male inmates, the appellant points to the fact that female penitentiary inmates are not similarly subject to cross-gender frisk searches and surveillance. The jurisprudence of this Court is clear: equality does not necessarily connote identical treatment and, in fact, different treatment may be called for in certain cases to promote equality. Given the historical, biological and sociological differences between men and women, equality does not demand that practices which are forbidden where male officers guard female inmates must also be banned where female officers guard male inmates. The reality of the relationship between the sexes is such that the historical trend of violence perpetrated by men against women is not matched by a comparable trend pursuant to which men are the victims and women the aggressors. Biologically, a frisk search or surveillance of a man's chest area conducted by a female guard does not implicate the same concerns as the same practice by a male guard in relation to a female inmate. Moreover, women generally occupy a disadvantaged position in society in relation to men. Viewed in this light, it becomes clear that the effect of cross-gender searching is different and more threatening for women than for men.

L'emprisonnement implique nécessairement de la surveillance, des fouilles et des vérifications. On s'attend à ce que l'intérieur d'une cellule de prison soit visible et requière une surveillance. Dans un pénitencier, la fouille par palpation, le dénombrement et la ronde éclair sont tous des pratiques nécessaires pour assurer la sécurité de l'établissement, du public et, en fait, des détenus eux-mêmes. L'intimité dont jouit le détenu dans ce contexte est considérablement réduite et il ne peut donc s'attendre raisonnablement à ce que sa vie privée soit respectée dans le cadre de ces pratiques. Cela ne change rien que ce soient des gardiens du sexe féminin qui se livrent parfois à ces pratiques. Comme il n'y a aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée, l'art. 8 de la *Charte* n'est pas mis en jeu, ni d'ailleurs l'art. 7.

Il est également douteux qu'il y ait violation du par. 15(1). En soutenant que les pratiques contestées engendrent un traitement discriminatoire des détenus du sexe masculin, l'appelant souligne que les détenues dans les pénitenciers pour femmes ne sont pas de même soumises à des fouilles par palpation et à une surveillance par des personnes du sexe opposé. La jurisprudence de notre Cour est claire: l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique et, en fait, un traitement différent peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour promouvoir l'égalité. Compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, l'égalité n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des agents du sexe féminin sont affectés à la garde d'hommes détenus. La réalité du rapport entre les sexes est telle que la tendance historique à la violence des hommes envers les femmes ne trouve pas son pareil dans le sens inverse, c'est-à-dire en ce sens que les hommes seraient les victimes et les femmes les agresseurs. Biologiquement, la fouille par palpation ou la vérification de la poitrine d'un homme par un gardien du sexe féminin ne soulève pas les mêmes préoccupations que la même fouille effectuée par un gardien du sexe masculin sur une détenue. En outre, dans la société, les femmes sont généralement défavori-

The different treatment to which the appellant objects thus may not be discrimination at all.

In any event, even if one were to look at this different treatment as amounting to a breach of s. 15(1), the practices are saved by s. 1 of the *Charter*. The assignment of women to the surveillance of male inmates, with all of the resultant searching and patrolling duties, is a rather recent phenomenon. The important government objectives of inmate rehabilitation and security of the institution are promoted as a result of the humanizing effect of having women in these positions. Moreover, Parliament's ideal of achieving employment equity is given a material application by way of this initiative. The proportionality of the means used to the importance of these ends would thus justify its breach of s. 15(1), if any.

I would therefore dismiss the appeal with costs. ^f

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston. ^g

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria. ^j

sées par rapport aux hommes. Dans ce contexte, il devient évident que la fouille effectuée par une personne du sexe opposé n'a pas le même effet pour les hommes que pour les femmes et représente une plus grande menace pour ces dernières. Il se peut donc que le traitement différent auquel l'appelant s'oppose ne soit nullement discriminatoire.

^b Quoi qu'il en soit, même si l'on considérait que ce traitement différent viole le par. 15(1), les pratiques en question sont sauvegardées par l'article premier de la *Charte*. L'affectation de femmes à la surveillance de détenus de sexe masculin, avec toutes les fonctions de fouille et de surveillance qui en découlent, est un phénomène plutôt récent. La réalisation des objectifs gouvernementaux importants de la réadaptation des détenus et de la sécurité de l'établissement est favorisée par l'effet humanisant de la présence des femmes dans ces postes. En outre, cette initiative constitue une application concrète de l'idéal visé par le Parlement, soit l'équité en matière d'emploi. La proportionnalité des moyens utilisés par rapport à l'importance de ces fins justifierait donc la violation du par. 15(1), le cas échéant.

^f Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston. ^g

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

^h *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

ⁱ *Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.*

^j *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

Solicitor for the intervener COPOH: Anne Molloy, Toronto.

Procureur de l'intervenante COPOH: Anne M. Molloy, Toronto.

Solicitors for the intervener LEAF: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.

Procureurs de l'intervenant FAEJ: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.

Solicitors for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council: Scott & Ayles, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil de revendication des droits des minorités: Scott & Ayles, Toronto.

Richard Potvin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. POTVIN

File No.: 23110.

Hearing and judgment: 1993: June 7.

Reasons delivered: 1993: August 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-six month pre-trial delay including delays to accommodate defence and Crown — Stay of proceedings granted — Eighteen-month appellate delay from granting of stay — Whether pre-trial delay offending s. 11(b) of the Charter — Whether s. 11(b) applicable to appellate delay — Whether s. 7 (abuse of process) applicable to appellate delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

Criminal law — Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-six month pre-trial delay including delays to accommodate defence and Crown — Stay of proceedings granted — Eighteen-month appellate delay from granting of stay — Whether pre-trial delay offending s. 11(b) of the Charter — Whether s. 11(b) applicable to appellate delay — Whether s. 7 (abuse of process) applicable to appellate delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

The appellant was charged with criminal negligence causing death in an information sworn on September 15, 1988. He was released from custody on an undertaking. A series of lengthy delays occurred (in part to accommodate counsel for both the Crown and the defence) with respect to matters preliminary to a trial and a trial date was finally set at December 3, 1990. Appellant applied on that date for and was granted a

Richard Potvin *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. POTVIN

^b N° du greffe: 23110.

Audition et jugement: 1993: 7 juin.

Motifs déposés: 1993: 12 août.

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

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

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-six mois écoulé avant la tenue du procès, incluant les délais pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Arrêt des procédures accordé — Délai d'appel de dix-huit mois écoulé à compter du moment où l'arrêt des procédures a été accordé — Le délai antérieur au procès contrevient-il à l'art. 11b) de la Charte? — L'article 11b) s'applique-t-il au délai d'appel? — L'article 7 (abus de procédure) s'applique-t-il au délai d'appel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).*

^e *Droit criminel — Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-six mois écoulé avant la tenue du procès, incluant les délais pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Arrêt des procédures accordé — Délai d'appel de dix-huit mois écoulé à compter du moment où l'arrêt des procédures a été accordé — Le délai antérieur au procès contrevient-il à l'art. 11b) de la Charte? — L'article 11b) s'applique-t-il au délai d'appel? — L'article 7 (abus de procédure) s'applique-t-il au délai d'appel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).*

^f Dans une dénonciation faite sous serment le 15 septembre 1988, l'appellant a été accusé de négligence criminelle causant la mort. Il a été remis en liberté en échange d'une promesse de comparaître. Il y a eu une série de longs délais (en partie pour satisfaire aux demandes du ministère public et de la défense) relativement à des questions préalables à un procès et une date de procès a finalement été fixée au 3 décembre 1990. Ce

stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* on the ground that the right to trial within a reasonable time in s. 11(b) of the *Charter* had been infringed. The Attorney General appealed against the stay of proceedings on December 24, 1990 and the hearing for the appeal was set for April 24, 1992. The Court of Appeal allowed the appeal on June 22, 1992, and set aside the stay and remitted the matter for trial on an expedited basis. The issues before this Court were whether the delay preceding the end of the trial was so unreasonable as to offend the provisions of s. 11(b) of the *Charter* and whether s. 11(b) applied to the delay in respect of the appellate proceedings.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The appeal based on pre-trial delay was dismissed for the reasons given by Osborne J.A.

Section 11(b) does not apply to delay in respect of an appeal from conviction by the accused or from an acquittal or stay by the Crown. There is no distinction in this regard between an acquittal after trial and a judicial stay.

The term "[a]ny person charged" under s. 11 does not, as a general rule, include an accused person who is party to an appeal. A particular subsection in s. 11 may, however, apply to appeal proceedings as an exception to the general rule if its purpose and language support this conclusion. Section 11(b), however, has been interpreted as applying only to the consequences of delay flowing from a formal charge and does not extend to the consequences of delay at large. Short of a formal charge, similar consequences proceeding from other aspects of governmental activity in the criminal process do not trigger the protection of the provision.

After an acquittal and before the service of a notice of appeal, the person acquitted is not a person charged because there is no proceeding which seeks to charge the person acquitted. Upon the appeal's being filed there is a possibility that the acquittal will be set aside and the charge will be revived. The plight of the acquitted person is that of one against whom governmental action is directed which may result in a charge. In this respect the former accused is like the suspect against whom an investigation has been completed and charges are con-

jour-là, l'appelant a fait valoir qu'il y avait eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantissait l'al. 11b) de la *Charte* et il a invoqué le par. 24(1) de la *Charte* pour demander et obtenir un arrêt des procédures. Le 24 décembre 1990, le procureur général a interjeté appel contre l'arrêt des procédures et l'audition de l'appel a été fixée au 24 avril 1992. Le 22 juin 1992, la Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire pour qu'un procès soit tenu promptement. Les questions dont a été saisie notre Cour étaient de savoir si le délai écoulé avant la fin du procès était déraisonnable au point de violer les dispositions de l'al. 11b) de la *Charte* et si l'al. 11b) s'appliquait au délai résultant des procédures d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'appel fondé sur le délai antérieur au procès a été rejeté pour les motifs exposés par le juge Osborne.

L'alinéa 11b) ne s'applique pas au délai écoulé dans le cas d'un appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité ou dans le cas d'un appel interjeté par le ministère public contre un acquittement ou un arrêt des procédures. Il n'existe pas de différence à cet égard entre un arrêt des procédures et un acquittement prononcé à la suite d'un procès.

En règle générale, l'expression «[t]out inculpé» au sens de l'art. 11 ne vise pas un accusé qui est partie à un appel. Un alinéa précis de l'art. 11 peut toutefois s'appliquer aux procédures d'appel par exception à la règle générale si son objet et son texte justifient cette conclusion. Cependant, l'al. 11b) a été interprété comme s'appliquant seulement aux conséquences d'un délai résultant d'une inculpation formelle et non pas aux conséquences de tous les délais. En l'absence d'une telle inculpation, des conséquences analogues découlant d'autres aspects de l'activité gouvernementale dans le processus criminel ne déclenchent pas la protection garantie par cette disposition.

Pendant la période qui suit un acquittement et la signification d'un avis d'appel, la personne acquittée n'est pas inculpée parce qu'aucune procédure visant à l'inculper n'est en branle. Une fois l'appel interjeté, il existe une possibilité que l'acquittement soit annulé et que l'accusation soit rétablie. La personne acquittée se trouve dans la même situation critique que celle visée par un acte gouvernemental susceptible d'entraîner le dépôt d'une accusation. À cet égard, l'ancien accusé est comme le suspect qui a fait l'objet d'une enquête et au

templated awaiting a decision by the prosecutor. There is even less reason to extend the protection of s. 11(b) to a convicted person who appeals because the appeal is not governmental action.

The conclusion that the words "[a]ny person charged" in s. 11(b) limit the operation of the subsection to the trial process is supported by the use of the word "tried". If the subsection were to apply to final adjudication as well, more apt wording would have been used.

Section 11(b) is not spent when an adjudication relating to a charge is appealed. If on the appeal the judgment is set aside and the matter is remitted for trial, the accused reverts to the status of a person charged.

The criminal appellant or respondent is not without a remedy when delay of appeal proceedings affects the fairness of the trial. The court's power to remedy an abuse of process, enshrined as a principle of fundamental justice in s. 7, is simply applied to delay. The criminal appeal rules and provisions of the *Criminal Code* also afford a litigant in a criminal appeal a range of remedies to eliminate any substantial delay on the part of the adversary.

The appropriate forum for a remedy under s. 7 of the *Charter* is the court in which the delay occurred. It is in the best position to assess the consequences of the delay. If a further appeal lies from the first appellate court, the issue of delay can be reviewed in the second appellate court along with the consequences of additional delay resulting from the second appeal. This Court does not favour issues being raised for the first time in an appeal to this Court.

Per Lamer C.J. and McLachlin and Major JJ.: "[C]harged with an offence" indicates a person subject to the power of the criminal process. Until the person is finally released from the jeopardy of the criminal process by a final resolution of the "charges", the person remains, for the purposes of s. 11(b), a person charged with an offence.

Many of the rights enumerated in s. 11 are restricted to the early stages of the criminal process. But others, such as s. 11(h) and 11(g), clearly apply after a verdict. Since s. 11 is directed to ensuring fairness at all stages of the criminal process, it cannot be concluded that

aj sujet duquel des accusations sont envisagées en attendant que la poursuite prenne une décision. Il y a encore moins de raisons d'accorder la protection de l'al. 11b) à la personne reconnue coupable qui interjette appel, parce que l'appel n'est pas un acte gouvernemental.

b L'utilisation du terme «jugé» étaye la conclusion que l'expression «[t]out inculpé» de l'al. 11b) limite l'application de l'alinéa au procès. Si on avait voulu que cet alinéa s'applique également à la décision finale, on aurait eu recours à une formulation plus appropriée.

c L'alinéa 11b) peut encore être invoqué lorsqu'un appel est interjeté contre une décision portant sur une accusation. Si le jugement est annulé en appel et si l'affaire est renvoyée pour la tenue d'un procès, l'accusé redevient un inculpé.

d L'appelant ou l'intimé, dans une affaire criminelle, n'est pas privé de tout recours lorsque le délai écoulé pendant les procédures d'appel a une incidence sur l'équité du procès. On applique simplement au délai le pouvoir de la cour de remédier à un abus de procédure, qui est consacré comme principe de justice fondamentale à l'art. 7. Les règles d'appel en matière criminelle et les dispositions du *Code criminel* offrent également à e une partie à un appel, dans une affaire criminelle, divers recours permettant d'éliminer tout délai important de la part de la partie adverse.

f Le tribunal approprié pour entendre une demande de réparation fondée sur l'art. 7 de la *Charte* est celui où le délai est survenu. C'est ce tribunal qui est le mieux placé pour évaluer les conséquences du délai. Si un autre appel peut être interjeté contre la décision du premier tribunal d'appel, la question du délai peut être examinée par le deuxième tribunal d'appel en même temps que les conséquences de ce délai additionnel causé par g le deuxième appel. Notre Cour ne croit pas que des questions litigieuses devraient être soulevées pour la première fois lors d'un pourvoi formé devant elle.

h Le juge en chef Lamer et les juges McLachlin et Major: Le terme «inculpé» s'entend d'une personne sous l'emprise du processus criminel. Cette personne demeure inculpée aux fins de l'al. 11b) jusqu'à ce qu'une décision finale sur les accusations portées vienne i la soustraire définitivement au péril du processus criminel.

Un bon nombre des droits énumérés à l'art. 11 se limitent aux premiers stades du processus criminel. Mais d'autres, comme ceux énumérés aux al. 11h) et 11g), s'appliquent nettement après un verdict. Puisque l'art. 11 vise à garantir l'équité à tous les stades du pro-

s. 11(b) must necessarily be confined to the pre-stay, pre-verdict phase.

The rights which s. 11(b) seeks to protect are all engaged in the period between a verdict or a stay and the final disposition of the criminal charges. The language and context of the subsection indicate that it is not confined to the pre-stay or pre-verdict period of the criminal process. The fact that the restriction of the interest which s. 11(b) protects must result from an actual charge does not lead to the conclusion that s. 11(b) does not apply to post-stay or post-verdict appellate delay. If “[a]ny person charged” is read as being synonymous with “a person who is the subject of the criminal process”, s. 11(b) would apply even after a verdict. The appeal proceedings result from an actual charge and are dependant upon it for their validity. A person facing the prospect of a new trial as a result of the appellate process, whether the original verdict was an acquittal, conviction or stay, can become subject to unfairness caused by delay.

In light of its objects, s. 11(b) applies to delays after the entry of a stay or a verdict. A complex two-principle scheme for assessing delay in the criminal process is not necessary in a practical sense because the same general principles can and should apply throughout, even though they may impact differently depending on the particulars and the stage of the delay. Interlocutory, trial and appellate proceedings may be so intertwined that it makes little sense to attempt to apply different legal rules according to the stage of the process.

The principles applicable under s. 11(b) are: (1) the length of the delay; (2) waiver, if any, of parts of the delay; (3) the reasons for the delay; and (4) prejudice to the subject of the criminal process. These principles are broad and flexible enough to apply at the post-stay, post-verdict stage of the criminal process.

The many different circumstances which may prevail at the post-verdict, post-stay stage require a flexible approach to remedies. The *Charter* empowers the court to grant such remedies as may be just in all the circumstances. Factors such as the length and nature of the delay, the seriousness of the offence, the nature of the injury suffered by the accused and any prejudice caused

cessus criminel, on ne saurait conclure que l'al. 11b) doit nécessairement être restreint à la phase antérieure à l'arrêt des procédures ou au verdict.

Les droits que l'al. 11b) vise à protéger jouent tous durant la période comprise entre le verdict ou l'arrêt des procédures et la décision finale relative aux accusations criminelles. Le langage et le contexte de l'alinéa indiquent qu'il n'est pas limité à la période du processus criminel antérieure à l'arrêt des procédures ou au verdict. Même si la restriction des droits que l'al. 11b) protège doit découler d'une accusation réelle, il ne faut pas en conclure que l'al. 11b) ne s'applique pas au délai d'appel postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict. Si l'on considère que le terme «inculpé» est synonyme de «personne assujettie au processus criminel», l'al. 11b) s'appliquerait même après le verdict. Les procédures d'appel résultent d'une accusation réelle et leur validité en dépend. La personne qui fait face à la possibilité d'un nouveau procès à la suite du processus d'appel, peu importe qu'il y ait eu au départ un acquittement, une déclaration de culpabilité ou un arrêt des procédures, peut faire l'objet d'une injustice résultant d'un délai.

Compte tenu de ses objets, l'al. 11b) s'applique aux délais postérieurs à l'arrêt des procédures ou au verdict. Il n'est pas nécessaire, d'un point de vue pratique, d'adopter une méthode complexe qui fasse appel à deux principes pour apprécier les délais écoulés dans le processus criminel parce que les mêmes principes généraux peuvent et devraient s'appliquer pendant tout le processus, même si leur incidence peut varier selon les particularités et le stade du délai. Les procédures interlocutoires de première instance et d'appel peuvent être entrelacées à tel point qu'il est illogique de tenter d'appliquer des règles de droit distinctes selon le stade où en est le processus.

Les principes applicables en vertu de l'al. 11b) sont les suivants: (1) la longueur du délai; (2) la renonciation, s'il en est, à invoquer certaines parties du délai; (3) les raisons du délai; (4) le préjudice subi par la personne assujettie au processus criminel. Ces principes sont assez larges et souples pour s'appliquer au stade du processus criminel qui suit l'arrêt des procédures ou le verdict.

En raison des nombreuses circonstances différentes qui peuvent exister au stade postérieur au verdict ou à l'arrêt des procédures, il est nécessaire d'aborder de façon souple la question de la réparation. La *Charte* habilite le tribunal à accorder la réparation qui peut être juste eu égard à toutes les circonstances. En choisissant une réparation, il y a lieu de tenir compte de facteurs

to the accused's defence inherent in the delay should be considered in selecting a remedy.

The choice of forum for the remedy should be flexible. The proceedings would be unnecessarily truncated and complicated if only courts of first instance could deal with pre-stay, pre-verdict delay and courts of second instance with appellate delay.

Per La Forest J.: Section 11(b) of the *Charter* does not apply to appellate delay. Given the interrelationship between ss. 7 and 11(b), s. 7 may in certain contexts provide residual protection to the interests that the s. 11(b) right is designed to protect that goes beyond the specific protection it provides. Those interests are also entitled to protection at the appellate level but subject to the special considerations specific to the appellate process and in consequence the choice of an appropriate remedy. In particular, a stay should not be used as often as the appropriate remedy for appellate delay as for trial delay. The views of McLachlin J. on these matters and on the appropriate court for considering delay were generally shared. However, her concerns about a bifurcated system were not agreed with. Weight may be given to pre-appeal delay at the appellate level and a consideration of appellate delay can figure in the equation when complaints about delay are raised at trial following appellate review. Sections 7 and 11(b) are not mutually exclusive. The *Charter* is an organic instrument.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; Eur. Court H. R., *Wemhoff* case, judgment of 27 June 1968, Series A No. 7; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *Simmons v. Reynolds*, 898 F.2d 865 (1990); *United States v. Antoine*, 906 F.2d 1379 (1990); *United States v. Kimmons*, 917 F.2d 1011 (1990); *Burkett v. Cunningham*, 826 F.2d 1208 (1987); *DeLancy v. Caldwell*, 741 F.2d 1246 (1984); *United States v. Johnson*, 732 F.2d 379 (1984); *United States v. Pratt*, 645 F.2d 89

comme la durée et la nature du délai, la gravité de l'infraction, la nature du préjudice subi par l'accusé et de tout préjudice inhérent au délai causé à l'accusé sur le plan de sa défense.

^a Il y a lieu de faire preuve de souplesse quant au choix du tribunal qui doit accorder la réparation. Cela reviendrait à tronquer et à compliquer inutilement les procédures si seuls les tribunaux de première instance pouvaient connaître des délais antérieurs à l'arrêt des procédures ou au verdict et seules les cours d'appel pouvaient connaître des délais d'appel.

^b *Le juge La Forest:* L'alinéa 11b) de la *Charte* ne s'applique pas aux délais d'appel. Compte tenu de la corrélation de l'art. 7 et de l'al. 11b), l'art. 7 peut dans certains contextes fournir, aux intérêts que le droit garanti à l'al. 11b) est destiné à protéger, une protection résiduelle allant au-delà de la protection précise qu'il offre. Ces intérêts peuvent aussi bénéficier d'une protection au stade de l'appel, mais sous réserve des considérations spéciales propres au processus d'appel et donc au choix d'une réparation convenable. En particulier, l'arrêt des procédures ne devrait pas servir de réparation convenable aux délais d'appel aussi souvent qu'aux délais de première instance. Le point de vue exprimé par le juge McLachlin au sujet de ces questions et du tribunal approprié pour examiner les délais est généralement partagé. Cependant, ses préoccupations concernant un système à deux volets ne sont pas partagées. En appel, on peut accorder de l'importance au délai antérieur à l'appel et il peut y avoir un examen du délai d'appel lorsque les plaintes au sujet du délai d'appel sont formulées au procès à la suite d'un examen en appel. L'article 7 et l'al. 11b) ne s'excluent pas mutuellement. La *Charte* est un instrument organique.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

^c **Arrêts mentionnés:** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; Cour eur. D. H., affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7; *United States c. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *Simmons c. Reynolds*, 898 F.2d 865 (1990); *United States c. Antoine*, 906 F.2d 1379 (1990); *United States c. Kimmons*, 917 F.2d 1011 (1990); *Burkett c. Cunningham*, 826 F.2d 1208 (1987); *DeLancy c. Caldwell*, 741 F.2d 1246 (1984); *United States c. Johnson*, 732 F.2d 379 (1984); *United States c.*

(1981); *Rheuark v. Shaw*, 628 F.2d 297 (1980), *certiorari* denied 450 U.S. 931 (1981); *Roque v. Puerto Rico*, 558 F.2d 606 (1976); *People v. Cousart*, 444 N.E.2d 971 (1982); *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Gallagher*, [1993] 2 S.C.R. 861.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, aff'g (1986), 49 Sask. R. 64; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903.

By La Forest J.

Referred to: Eur. Court H. R., *Wemhoff* case, judgment of 27 June 1968, Series A No. 7; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(a), (b), (c), (e), (f), (g), (h), (i), 24(1).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, ss. 5(3), 6(1).

United States Constitution, 6th and 14th Amendments.

Authors Cited

Doherty, D. H. "More Flesh on the Bones: The Continued Judicial Interpretation of s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), Canadian Bar Association — Ontario; *Annual Institute on Continuing Legal Education*.

Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. Law Q.* 15.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 74 C.C.C. (3d) 111, 56 O.A.C. 139, allowing an appeal from a judgment of Stortini J. staying a charge. Appeal dismissed.

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

Pratt, 645 F.2d 89 (1981); *Rheuark c. Shaw*, 628 F.2d 297 (1980), *certiorari* refusé 450 U.S. 931 (1981); *Roque c. Puerto Rico*, 558 F.2d 606 (1976); *People c. Cousart*, 444 N.E.2d 971 (1982); *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Gallagher*, [1993] 2 R.C.S. 861.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, conf. (1986), 49 Sask. R. 64; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: Cour eur. D. H., affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(a), (b), (c), (e), (f), (g), (h), (i), 24(1).

Constitution des États-Unis, 6^e et 14^e amendements.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223, art. 5(3), 6(1).

Doctrine citée

Doherty, D. H. «More Flesh on the Bones: The Continued Judicial Interpretation of s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), Association du Barreau canadien — Ontario; *Annual Institute on Continuing Legal Education*.

Morgan, Donna C. «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. Law Q.* 15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 74 C.C.C. (3d) 111, 56 O.A.C. 139, qui a accueilli un appel interjeté contre la décision du juge Stortini de suspendre une accusation. Pourvoi rejeté.

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

David Butt, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and must respectfully dissent from his views on how appellate delay is treated under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

My colleague concludes that the criminal process must be divided into distinct phases for the purpose of assessing whether an accused person has been denied the right to have criminal proceedings against him dispatched without undue delay. The first phase, if I understand his reasons, is the period between the laying of charges and the entry of a verdict or stay of proceedings. This is assessed under s. 11(b) of the *Charter* which guarantees the right to be tried within a reasonable time. The next stage lies between the entry of a verdict or stay, and the resolution of appeals from the verdict or stay. Delay in this stage is to be assessed under quite different principles—s. 7 abuse of process. However, that is not the end of the story. If the result of the appeal is an order for a trial (in the case of a stay) or for a new trial (in the case of a verdict), the clock is wound back. My colleague does not specify precisely what he means by this. One possibility is that the entire analysis, including the period of appellate delay, would be assessed under s. 11(b). The other possibility is that different segments of the process leading to the ordered trial, would be analyzed under different sections of the *Charter*: s. 11(b) up to the stay or verdict; s. 7 abuse of process from then to the order for a trial; and s. 11(b) once again after that order is made.

My colleague concedes that the objects and purposes of s. 11(b)—to protect the right to security of the person, the right to liberty and the right to a fair

David Butt, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka et je dois malheureusement exprimer mon désaccord avec son opinion sur la manière dont le délai d'appel est traité sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Mon collègue conclut qu'il faut diviser le processus criminel en phases distinctes pour déterminer si un accusé a été privé du droit au déroulement sans délai excessif des poursuites criminelles intentées contre lui. Si je comprends bien ses motifs, la première phase est la période comprise entre le dépôt des accusations et l'inscription d'un verdict ou d'un arrêt des procédures. En ce qui a trait à cette phase, l'évaluation est fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* qui garantit le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. La phase suivante se situe entre l'inscription d'un verdict ou d'un arrêt des procédures et les décisions relatives aux appels interjetés contre le verdict ou l'arrêt des procédures. À ce stade, le délai est évalué selon des principes tout à fait différents, savoir l'abus de procédure visé à l'art. 7. Mais ce n'est pas tout. Si l'appel aboutit à une ordonnance prescrivant la tenue d'un procès (en cas d'arrêt des procédures) ou d'un nouveau procès (en cas de verdict), le délai recommence à courir. Mon collègue ne précise pas ce qu'il entend par là. Il est possible que tout le processus, même le délai écoulé pendant des procédures d'appel, fasse l'objet d'une évaluation fondée sur l'al. 11b). Il est aussi possible que les différentes parties du processus qui ont aboutit à l'ordonnance de procès fassent l'objet d'une analyse fondée sur différentes dispositions de la *Charte*: l'al. 11b), jusqu'à l'arrêt des procédures ou au verdict, l'art. 7, relativement à un abus de procédure, à partir de ce moment jusqu'à l'ordonnance de procès, et, de nouveau, l'al. 11b), après que cette ordonnance a été rendue.

Mon collègue reconnaît que les objets de l'al. 11b)—protéger le droit à la sécurité de la personne, le droit à la liberté et le droit à un procès

trial—on their face apply to post-stay and post-verdict appellate delay. He argues, however, that the complicated scenario he proposes is necessitated by the wording and textual context of s. 11(b); by prior decisions of this Court; and by the fact that the entry of a stay or verdict radically changes the interests at stake. In my view, none of these considerations withstands close scrutiny. Until the person charged is released from the prospect of further trials and proceedings by a final resolution of the matter, s. 11(b) and the principles which have been enunciated under it are applicable. To be sure, the factors considered under s. 11(b) may have different weight depending on the circumstances, and different considerations may fall to be considered where appellate proceedings are at issue. Furthermore, the remedies may vary, depending on the stage of the criminal process where one is. But these factors can and should, in my view, all be assessed under the single test imposed by s. 11(b) of the *Charter*.

The Wording and Context

I turn first to the wording and context of s. 11(b). My colleague argues that the phrases “charged with an offence” and “to be tried” suggest that s. 11(b) applies only to the time of trial. I respectfully disagree. “[C]harged with an offence”, should, in my view, be read as indicating a person who is subject to the power of the criminal process. Until the person is finally released from the jeopardy of the criminal process by a final resolution of the “charges” against him or her, the person remains, for the purposes of s. 11(b), a person charged with an offence. This position is consistent with the comments of Lamer J., as he then was, in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at pp. 610-11:

... s. 11(b) protects against an overlong subjection to a pending criminal case and aims to relieve against the stress and anxiety which continue until the outcome of the case is final. ... The computation [of the delay] cannot end as of the moment the trial begins, but rather

équitable—s’appliquent à première vue aux délais d’appel écoulés après l’arrêt des procédures et après le verdict. Il affirme toutefois que le scénario compliqué qu’il propose est rendu nécessaire par le texte et le contexte de l’al. 11b), par la jurisprudence antérieure de notre Cour et par le fait que l’inscription d’un arrêt des procédures ou d’un verdict change radicalement les droits en jeu. À mon avis, aucune de ces considérations ne résiste à un examen approfondi. Tant qu’un règlement définitif de l’affaire ne vient pas soustraire l’inculpé à la possibilité d’autres procès et procédures, l’al. 11b) et les principes qui ont été énoncés sous son régime sont applicables. Il est certain que les facteurs examinés en vertu de l’al. 11b) peuvent avoir un poids différent selon les circonstances en présence et qu’il y a peut-être lieu de tenir compte d’éléments différents lorsqu’il s’agit de procédures d’appel. De plus, la réparation peut varier, selon le stade auquel en est rendu le processus criminel. Mais j’estime que ces facteurs peuvent et devraient être tous appréciés en fonction du critère unique imposé par l’al. 11b) de la *Charte*.

Le texte et le contexte

Je m’arrête d’abord au texte et au contexte de l’al. 11b). Mon collègue affirme que les mots «inculpé» et «être jugé» donnent à penser que l’al. 11b) s’applique seulement au délai écoulé pendant le procès. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Le terme «inculpé» devrait, selon moi, être interprété comme s’entendant d’une personne sous l’emprise du processus criminel. Cette personne demeure inculpée aux fins de l’al. 11b) jusqu’à ce qu’une décision finale sur les accusations portées contre elle vienne la soustraire définitivement au péril du processus criminel. Cette position est conforme aux observations formulées par le juge Lamer, maintenant Juge en chef, dans l’arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, aux pp. 610 et 611:

... l’al. 11b) protège contre un assujettissement trop long à une accusation criminelle pendante et vise à soulager de la tension et de l’angoisse qui persistent jusqu’à ce que l’affaire soit finalement tranchée. ... Le calcul du délai ne cesse pas au moment de l’ouverture du procès,

must continue until the end of the saga, all of which must be within a reasonable time.

The narrower reading of “charge” contended for by my colleague, Sopinka J., produces a scenario of waning and waxing charges. My colleague argues that a stay or verdict ends the charge. But he is then forced to assert that a subsequent order for a trial or new trial “revives” the charge, which has presumably lain dormant even though it has supposedly disappeared. At the verdict after the trial, the charge once more wanes, only to be revived yet again if an appeal court orders yet further trial proceedings. The accused is subject to one criminal process, throughout which his freedom is in jeopardy. Yet the law would tell him that he is charged only part of the time, depending in which particular part of the process he is.

The interpretation my colleague suggests for the phrase “to be tried” is similarly problematic. My colleague asserts that a person’s s. 11(b) right to be tried within a reasonable time expires with the entry of a stay. Yet this may occur before the person has ever had a trial. If the stay is set aside on appeal and the accused ordered to stand trial, he or she has no right to complain in the face of egregious Crown delay occurring at the appellate stage that his or her right to be tried within a reasonable time has been breached, even though he or she has never stood trial. The case of an order for a new trial after acquittal is similarly problematic. The first trial is declared invalid. In effect, the accused has not had a proper trial. A new trial is ordered. Notwithstanding that the accused has not enjoyed the right which the *Charter* expressly gives him or her—the right to a proper trial within a reasonable time—he or she would be precluded by the interpretation my colleague suggests of claiming an infringement of s. 11(b) on the basis of unreasonable appellate delay, and confined to the much narrower remedy of s. 7 abuse of process. This can-

mais se poursuit plutôt jusqu’à la toute fin de l’histoire, et le tout doit se dérouler dans un délai raisonnable.

^a L’interprétation plus stricte du mot «accusation» que préconise mon collègue le juge Sopinka produit un phénomène de croissance et de décroissance des accusations. Il affirme qu’un arrêt des procédures ou un verdict met fin à l’accusation. Mais il est ensuite obligé de dire qu’une ordonnance subséquente de procès ou de nouveau procès «rétablit» l’accusation qui était vraisemblablement latente, même si elle était censée avoir disparu. Au moment où le verdict est prononcé à l’issue du procès, l’accusation décroît de nouveau pour être rétablie une fois de plus si une cour d’appel ordonne la tenue d’un autre procès. L’accusé est assujéti à un seul processus criminel au cours duquel sa liberté est compromise. Et pourtant, sur le plan du droit, il ne serait inculpé que durant une partie du temps, selon le stade du processus où il en est.

La façon dont mon collègue propose d’interpréter l’expression «être jugé» est également problématique. Il affirme que le droit d’être jugé dans un délai raisonnable que garantit l’al. 11b) prend fin à l’inscription d’un arrêt des procédures. Pourtant, cela peut se produire avant même que la personne ait subi son procès. Si l’arrêt des procédures est annulé en appel et que l’accusé se voit ordonner de subir son procès, il n’a pas le droit, en cas de délai exagéré imputable au ministère public au stade de l’appel, de se plaindre que son droit d’être jugé dans un délai raisonnable a été violé, même s’il n’a jamais subi son procès. La situation où un nouveau procès a été ordonné après un acquittement est elle aussi problématique. Le premier procès est déclaré invalide. En effet, l’accusé n’a pas subi de procès régulier. Un nouveau procès est ordonné. En dépit du fait que l’accusé n’a pas joui du droit que la *Charte* lui confère expressément, c.-à-d. le droit d’être jugé régulièrement dans un délai raisonnable, il lui serait interdit, selon l’interprétation de mon collègue, de prétendre que l’al. 11b) a été violé en raison d’un délai d’appel déraisonnable et

not, in my view, have been what the framers of the *Charter* intended.

Nor does the textual context of s. 11(b) dictate the interpretation for which my colleague contends. It is true that many of the rights enumerated in s. 11 are restricted to the early stages of the criminal process. But others, such as s. 11(h) and 11(g), clearly apply after a verdict. So it does not follow, with respect, that “[i]f “[a]ny person charged” in s. 11(b) necessarily includes the accused as a party to an appeal then the same conclusion would have to apply to the other subsections of the section,” as my colleague concludes at p. 908. Since s. 11 is directed to ensuring fairness at all stages of the criminal process, it cannot be concluded that s. 11(b) must necessarily be confined to the pre-stay, pre-verdict phase.

My colleague argues that because s. 11(b) has been held not to apply to pre-charge delay (*R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594), it cannot be held to apply to appellate delay. He concludes, at p. 910, that “s. 11(b) does not apply unless the restriction of the interests which the subsection protects results from an actual charge.” With this I agree. But I do not agree that this leads to the conclusion that s. 11(b) does not apply to post-stay or post-verdict appellate delay. If “[a]ny person charged” is read as synonymous to “a person who is the subject of the criminal process”, as I suggest, it follows that s. 11(b) would apply even after a verdict. The appeal proceedings clearly result from an actual charge; indeed, they are dependant upon it for their validity.

The Interests At Stake

My colleague, Sopinka J., argues that consideration of the rights protected by s. 11(b) leads to the conclusion that it does not apply to post-stay or post-verdict appellate proceedings.

il en serait réduit au recours beaucoup plus limité à la théorie de l’abus de procédure visée à l’art. 7. Cela ne saurait être, à mon avis, l’intention des rédacteurs de la *Charte*.

Le contexte de l’al. 11b) n’exige pas non plus l’interprétation que prône mon collègue. Il est vrai qu’un bon nombre des droits énumérés à l’art. 11 se limitent aux premiers stades du processus criminel. Mais d’autres, comme ceux énumérés aux al. 11h) et 11g), s’appliquent nettement après un verdict. Il ne s’ensuit donc pas, en toute déférence, que «[s]i l’expression «[t]out inculpé» à l’al. 11b) vise nécessairement l’accusé en tant que partie à un appel, la même conclusion devrait alors s’appliquer aux autres alinéas de cet article», comme le conclut mon collègue, à la p. 908. Puisque l’art. 11 vise à garantir l’équité à tous les stades du processus criminel, on ne saurait conclure que l’al. 11b) doit nécessairement être restreint à la phase antérieure à l’arrêt des procédures ou au verdict.

Mon collègue affirme que, parce que l’al. 11b) a été jugé non applicable au délai antérieur à l’accusation (arrêt *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594), il ne saurait être jugé applicable au délai d’appel. À la p. 910, il conclut que «l’al. 11b) ne s’applique pas à moins que la restriction des droits que cet alinéa protège découle d’une accusation réelle.» Je suis d’accord avec cela. Mais je ne conviens pas qu’il faille en conclure que l’al. 11b) ne s’applique pas au délai d’appel postérieur à l’arrêt des procédures ou au verdict. Si l’on considère que le terme «inculpé» est synonyme de «personne assujettie au processus criminel», comme je le propose, il s’ensuit que l’al. 11b) s’appliquerait même après le verdict. Les procédures d’appel résultent nettement d’une accusation réelle; en fait, leur validité en dépend.

i Les droits en jeu

Selon mon collègue le juge Sopinka, l’examen des droits protégés par l’al. 11b) amène à conclure que cet alinéa ne s’applique pas dans le cas des procédures d’appel postérieures à l’arrêt des procédures ou au verdict.

The rights protected by s. 11(b), as noted earlier are the right to security of the person, the right to liberty, and the right to a fair trial: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. My colleague considers first the case of an appeal from an acquittal. He concludes, at pp. 910-11, that during this period "[n]o proceeding is on foot which seeks to charge the person acquitted", and states that the "plight of the acquitted person is that of one against whom governmental action is directed which may result in a charge." With respect, this diminishes the seriousness of the position of the acquitted person facing an appeal. Before a charge is laid, the suspect does not, generally speaking, suffer the stigma of criminal proceedings. The same cannot be said of an accused who is the subject of a post-acquittal appeal. He or she has in fact been charged. The law continues to require him or her to defend him- or herself against the charges. He or she must hire lawyers and plead before judges. While he or she has been acquitted, the prosecution continues to aver publicly that the acquittal is invalid. And he or she faces the distinct possibility of an order overturning the acquittal and entering a conviction or directing a new trial, a prospect which is not a speculative possibility but a real danger. The anxiety which an accused who has been acquitted faces while awaiting the possibility of a second trial must be considerable. In all these respects, the situation of an accused on an appeal from an acquittal is much closer to the situation of an accused awaiting trial than to a person who has not been charged. I respectfully cannot agree with my colleague's conclusion, at p. 911, that "[i]t would be incongruous to extend protection to the acquitted accused pending appeal and not to the suspect awaiting a charge. . . ."

The situation of a convicted person who appeals, while less sympathetic than that of the acquitted person who faces an appeal, nevertheless engages the concerns to which s. 11(b) is directed. In the narrow vernacular of trial procedure, the charges against the accused have been resolved. But they

Comme nous l'avons vu, les droits protégés par l'al. 11b) sont le droit à la sécurité de la personne, le droit à la liberté et le droit à un procès équitable: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Mon collègue étudie d'abord le cas de l'appel contre un acquittement. Aux pages 910 et 911, il conclut que, durant cette période, «[a]ucune procédure visant à inculper la personne acquittée n'est en branle», et il dit que «[l]a personne acquittée se trouve dans la même situation critique que celle visée par un acte gouvernemental susceptible d'entraîner le dépôt d'une accusation.» En toute déférence, cela minimise la gravité de la situation de la personne acquittée qui fait face à un appel. Avant qu'une accusation soit déposée, le suspect ne souffre pas en général de la stigmatisation rattachée à des procédures criminelles. On ne peut pas en dire autant d'un accusé qui fait l'objet d'un appel postérieur à un acquittement. Il a effectivement été inculpé. Le droit continue de l'obliger à se défendre contre les accusations portées. Il doit retenir les services d'avocats et plaider devant des juges. Bien qu'il ait été acquitté, la poursuite continue d'affirmer publiquement que l'acquittement est invalide. Et il est exposé à la nette possibilité qu'une ordonnance soit rendue, infirmant l'acquittement et le déclarant coupable ou prescrivant la tenue d'un nouveau procès, ce qui représente non pas une simple hypothèse, mais un danger réel. L'angoisse que l'accusé acquitté éprouve pendant qu'il attend de savoir s'il subira un second procès doit être considérable. À tous ces égards, la situation d'un accusé dont l'acquittement fait l'objet d'un appel ressemble plus à celle d'un accusé qui attend de subir son procès qu'à celle d'une personne qui n'a pas été inculpée. En toute déférence, je ne puis être d'accord avec la conclusion de mon collègue selon laquelle «[i]l serait absurde d'accorder une protection pendant la période d'appel à l'accusé qui a été acquitté et non au suspect qui attend le dépôt d'une accusation . . . » (p. 911).

La situation d'une personne déclarée coupable qui interjette appel, quoiqu'elle suscite moins de sympathie que celle de la personne acquittée qui fait face à un appel, fait néanmoins intervenir les préoccupations visées par l'al. 11b). Techniquement parlant, les accusations portées contre l'acc-

have not disappeared. The accused may succeed in showing that the trial was unfair or invalid, and that the apparent resolution of the charges by the conviction was void. Finally, he or she hopes, he or she will get the trial he or she was entitled to in the first place. It would be cold comfort to tell him or her that the intervening delay in obtaining that trial does not fall under s. 11(b) and stands to be remedied, if at all, under the more restrictive application of abuse of process doctrine under s. 7.

The position of a person facing an appeal from a stay of proceedings is no better. My colleague argues that a stay is indistinguishable from an acquittal. If so, I would respond that like a person acquitted, the person against whom proceedings are stayed faces a jeopardy which engages s. 11(b). But I doubt that a stay and an acquittal can be so simply equated. Dickson C.J., speaking for the Court warned against such an assumption in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at p. 148:

We are concerned here with a stay of proceedings because of an abuse of process by the Crown. While a stay of proceedings of this nature will have the same result as an acquittal and will be such a final determination of the issue that it will sustain a plea of *autrefois acquit*, its assimilation to an acquittal should only be for purposes of enabling an appeal by the Crown. Otherwise, the two concepts are not equated. The stay of proceedings for abuse of process is given as a substitute for an acquittal because, while on the merits the accused may not deserve an acquittal, the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction. No consideration of the merits—that is whether the accused is guilty independently of a consideration of the conduct of the Crown—is required to justify a stay.

In one salient respect, the person facing an appeal from a stay is in greater jeopardy than a

cusé ont fait l'objet d'une décision, mais elles n'ont pas disparu. L'accusé peut réussir à démontrer que le procès était inéquitable ou invalide et que la solution apparemment retenue à l'égard des accusations, savoir la déclaration de culpabilité, était nulle. Finalement, espère-t-il, il obtiendra le procès auquel il avait droit au départ. Il ne serait pas tellement rassurant de lui dire que le délai nécessaire pour obtenir ce procès ne tombe pas sous le coup de l'al. 11b) et qu'il y a lieu d'y remédier, le cas échéant, au moyen de l'application plus restrictive de la théorie de l'abus de procédure visée à l'art. 7.

La situation de la personne qui fait face à un appel contre un arrêt des procédures n'est pas meilleure. Selon mon collègue, un arrêt des procédures ne saurait être différencié d'un acquittement. Si c'était le cas, je répondrais que, tout comme la personne qui a été acquittée, la personne qui fait l'objet de l'arrêt des procédures est exposée à un danger qui fait entrer en jeu l'al. 11b). Mais je doute qu'un arrêt des procédures et un acquittement puissent être assimilés aussi simplement. S'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, le juge en chef Dickson met en garde contre une telle hypothèse (à la p. 148):

Nous nous intéressons en l'espèce à une suspension d'instance fondée sur un abus de procédure commis par la poursuite. Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquittement et même si elle a pour effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'*autrefois acquit*, elle ne doit être assimilée à un acquittement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite d'interjeter appel. Ces deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables. La suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis. Aucun examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire de la question de savoir si l'accusé est coupable indépendamment d'un examen de la conduite de la poursuite, n'est nécessaire pour justifier une suspension.

Sous un aspect important, la personne qui fait face à un appel interjeté contre un arrêt des procé-

person who has been acquitted or convicted. He or she has never had any trial. No witnesses have been called, no evidence committed to public record. The risk of not being able to bring forward a valid defence when the trial is finally held may be greater than where one trial, however unfair, has been held.

In short, the rights which s. 11(b) seeks to protect are all engaged in the period between a verdict or a stay and the final disposition of the criminal charges. Security of the person and the right to liberty are engaged. The acquitted person, having been found not guilty, faces the prospect of conviction and incarceration. The person against whom a stay has been entered faces the same possibility. The convicted person, if the appeal succeeds and the conviction is found to be invalid, can equally argue that the law's delay in arriving at that conclusion has deprived him or her of his or her liberty and security of the person during the appellate interval. The right to a fair trial is engaged as well. In all three situations, the acquitted, conviction and stay, the subject of the criminal proceedings faces the prospect of a new trial, whose fairness may be jeopardized by excessive delay.

The narrow remedy proposed by my colleague for post-stay, post-verdict delay would not, with respect, provide a remedy capable of meeting these concerns. He concludes that s. 7 applies where the delay is so long that it constitutes abuse of process. The accused would be entitled to a remedy only where he or she could show that a new trial would be so unfair as to amount to an abuse of the court's process. I have several problems with this conclusion.

I note parenthetically that this conclusion begs the question which Wilson J. left open in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at p. 661, of the relationship between s. 7 and the doctrine of abuse of process. Accepting, for purposes of argument,

dures est exposée à un plus grand danger que la personne acquittée ou déclarée coupable. Elle n'a subi aucun procès. Aucun témoin n'a été assigné, ni aucun élément de preuve versé au dossier. Le risque d'être incapable de présenter une bonne défense quand le procès aura enfin lieu peut être plus grand que lorsqu'un procès, si inéquitable soit-il, a été tenu.

Bref, les droits que l'al. 11b) vise à protéger jouent tous durant la période comprise entre le verdict ou l'arrêt des procédures et la décision finale relative aux accusations criminelles. La sécurité de la personne et le droit à la liberté sont en cause. La personne qui a été acquittée, c'est-à-dire déclarée non coupable, risque d'être déclarée coupable et incarcérée. La personne qui fait l'objet d'un arrêt des procédures fait face à la même éventualité. La personne déclarée coupable, si elle a gain de cause en appel et si la déclaration de culpabilité est jugée invalide, peut également soutenir que le délai écoulé avant d'en arriver à cette conclusion l'a privée de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne durant la période d'appel. Le droit à un procès équitable est lui aussi mis en jeu. Dans les trois cas, savoir l'acquittement, la déclaration de culpabilité et l'arrêt des procédures, la personne assujettie aux procédures criminelles fait face à la possibilité d'un nouveau procès, dont le caractère équitable peut être compromis par un délai excessif.

En toute déférence, la réparation limitée que mon collègue propose pour le délai postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict ne permettrait pas de dissiper ces préoccupations. Il conclut que l'art. 7 s'applique quand le délai est long au point de constituer un abus de procédure. L'accusé aurait droit à une réparation seulement s'il pouvait démontrer qu'un nouveau procès serait inéquitable au point de constituer un abus de procédure judiciaire. J'ai beaucoup de difficulté à accepter cette conclusion.

Je souligne entre parenthèses, que cette conclusion présume résolue la question du rapport entre l'art. 7 et la théorie de l'abus de procédure, à laquelle le juge Wilson n'a pas répondu dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, à la

however, Sopinka J.'s conclusion that only post-stay or post-verdict delay which constitute abuse of process can be remedied under s. 7, it presents the following difficulties.

The abuse of process doctrine is a narrow doctrine which has only on rare occasions provided a remedy to accused persons caught overlong in the meshes of the criminal process. Its primary aim is not the rights of the accused person, but the repute of the system of justice. As Lamer J., as he then was, put it in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 942, in treating entrapment as abuse of process:

The issuance of the stay obviously benefits the accused but the Court is primarily concerned with a larger issue: the maintenance of public confidence in the legal and judicial process. In this way, the benefit to the accused is really a derivative one.

Moreover, it has repeatedly been held that the doctrine of abuse of process should be applied only in the clearest of cases: *R. v. Keyowski*, *supra*, at pp. 659-60. This has been taken to impose a higher standard of proof than would face an accused relying on a breach of rights under the *Charter*: see Bayda C.J. in *R. v. Keyowski* (1986), 49 Sask. R. 64 (C.A.). Without definitively ruling on that question, the fact remains that abuse of process has seldom, in its long history, served as a remedy for delay in the criminal process. It has been stringently and sparingly applied. As one author puts it: "while abuse of process has frequently been argued and its availability increasingly acknowledged, a remedy for the accused has not readily been forthcoming": Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. Law Q.* 15, at p. 38. To hold that the only remedy for delay in the criminal process after the entry of a stay or acquittal is abuse of process would be to create an anomaly in the law. The rights engaged and the jeopardy experienced are similar before and after the stay or verdict. Yet before the stay or verdict one has a full and easily

p. 661. Si toutefois, pour les fins de la discussion, on accepte la conclusion du juge Sopinka selon laquelle seul le délai postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict qui constitue un abus de procédure peut donner lieu à une réparation en vertu de l'art. 7, les difficultés suivantes se posent alors.

La théorie de l'abus de procédure est une théorie limitée qui n'a que rarement procuré une réparation aux accusés pris trop longtemps dans les mailles du processus criminel. Elle a pour objet premier non pas les droits de l'accusé, mais la considération dont jouit le système de justice. Comme le dit le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, à la p. 942, en considérant la provocation policière comme un abus de procédure:

La suspension profite de toute évidence à l'inculpé, mais la cour s'intéresse d'abord à une question plus large: le maintien de la confiance publique dans la procédure légale et judiciaire. De cette manière, le bénéfice qu'en retire l'inculpé n'est en réalité qu'incident.

De surcroît, on a maintes fois décidé que la théorie de l'abus de procédure ne devrait s'appliquer que dans les cas les plus manifestes: *R. c. Keyowski*, précité, aux pp. 659 et 660. On a considéré que cela imposait à l'accusé une norme de preuve plus rigoureuse que celle applicable pour une violation de droits garantis par la *Charte*: voir les motifs du juge en chef Bayda dans *R. c. Keyowski* (1986), 49 Sask. R. 64 (C.A.). Sans trancher cette question définitivement, il n'en reste pas moins que la théorie de l'abus de procédure a rarement, au cours de sa longue histoire, servi de recours pour les délais écoulés dans le processus criminel. Elle a été appliquée strictement et avec modération. Comme le dit un auteur: [TRADUCTION] «bien que l'abus de procédure ait souvent été invoqué et ait de plus en plus été tenu pour applicable, dans le cas des accusés, la réparation n'a pas été facilement accordée»: Morgan, «Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. Law Q.* 15, à la p. 38. Conclure que le seul recours pour le délai écoulé dans le processus criminel après l'arrêt des procédures ou l'acquittal réside dans la théorie de l'abus de procédure reviendrait à créer une ano-

accessed remedy; after, one has only a narrow and circumscribed hope.

Acceptance of my colleague's conclusion that s. 11(b) of the *Charter* does not apply to post-stay or post-verdict delay leaves two possible options for remedying such delay under the *Charter*. The first is that post-stay and post-verdict delay are held to be remediable under common law doctrine of abuse of process under s. 7. This is the route chosen by Sopinka J. It is, I have respectfully suggested, too narrow to provide an adequate or just remedy for many of the circumstances which may result from post-stay, post-verdict delay. The alternative might be to seek a distinct and broader remedy for such delay under s. 7 of the *Charter*. But such an approach should be undertaken only if the *Charter* provision expressly aimed at delay in the criminal process is inapplicable or inappropriate; the law should not be complicated unnecessarily. I have argued thus far that s. 11(b) by its wording and objects is not inapplicable to post-stay, post-verdict delay. I turn now to the appropriateness from a practical point of view of treating such a delay under s. 11(b) of the *Charter*.

Applying Section 11(b) to Post-Stay, Post-Verdict Appellate Delay

I have concluded that not only does the language and context of s. 11(b) not mandate that it be confined to the pre-stay, pre-verdict period of the criminal process, but also the objects and goals underlying s. 11(b) suggest that it does apply to delays after the entry of a stay or a verdict. In this section, I argue that there is no need from a practical point of view to adopt a complex two-principle scheme for assessing delay in the criminal process; the same general principles can and should apply

malie dans le droit. Les droits en cause et le danger couru sont semblables tant avant qu'après l'arrêt des procédures ou le verdict. Pourtant, avant l'arrêt des procédures ou le verdict, on dispose d'un recours complet qui peut être exercé facilement; après, il n'y a qu'un espoir restreint et circonscrit.

Si on accepte la conclusion de mon collègue que l'al. 11b) de la *Charte* ne s'applique pas au délai postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict, il y a alors deux façons possibles de remédier à ce délai sous le régime de la *Charte*. La première réside dans le fait qu'on considère que la théorie de common law de l'abus de procédure visée à l'art. 7 peut permettre de remédier au délai postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict. C'est la solution choisie par le juge Sopinka. Comme je l'ai laissé entendre en toute déférence, elle est trop restreinte pour représenter une réparation convenable ou juste dans bien des situations qui peuvent résulter d'un délai postérieur à un arrêt des procédures ou à un verdict. L'autre façon pourrait consister à demander une réparation distincte et plus générale pour un tel délai en application de l'art. 7 de la *Charte*. Mais on ne doit recourir à une telle méthode que si la disposition de la *Charte* qui vise expressément les délais écoulés dans le processus criminel est inapplicable ou peu appropriée; il n'y a pas lieu de compliquer le droit inutilement. J'ai affirmé jusqu'à maintenant que, de par son texte et ses objets, l'al. 11b) n'est pas inapplicable au délai postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict. J'arrive maintenant à l'opportunité, en pratique, d'examiner un tel délai sous le régime de l'al. 11b) de la *Charte*.

Application de l'al. 11b) au délai d'appel postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict

J'ai conclu non seulement que le langage et le contexte de l'al. 11b) n'exigent pas qu'il soit limité à la période du processus criminel antérieure à l'arrêt des procédures ou au verdict, mais encore que les objets qui sous-tendent cet alinéa donnent à penser qu'il s'applique aux délais postérieurs à l'arrêt des procédures ou au verdict. Dans cette section, j'affirme qu'il n'est pas nécessaire, d'un point de vue pratique, d'adopter une méthode complexe qui fasse appel à deux principes pour appr-

throughout, even though they may impact differently depending on the particular considerations which arise at different stages. The reality of the judicial process is that interlocutory, trial and appellate proceedings may be so intertwined in a given case that it makes little sense to attempt to apply different legal rules according to the stage one is at.

The principles applicable under s. 11(b) have been enunciated in *R. v. Morin, supra*. They are: (1) the length of the delay; (2) waiver, if any, of parts of the delay; (3) the reasons for the delay; and (4) prejudice to the subject of the criminal process. In my view, these principles are broad and flexible enough to apply at the post-stay, post-verdict stage of the criminal process.

The length of the delay must always be taken into account in determining its reasonableness, whether it be trial delay or appellate delay. It may be less easy to set a "normal" yardstick in appellate delay, given the need for deliberation and discussion between members of the panel. But as for delay before verdict or stay, some delays will clearly be within a normal time period, some will clearly be egregious, barring explanations, and some, the most difficult to assess, will lie between the two extremes.

Waiver applies equally to delay before a stay and verdict and delay after a stay and verdict.

The reasons for the delay may be similar before and after a stay or a verdict. Overloaded judicial systems, poor organization, negligence, foot-dragging by the accused—these and more may play a role at all stages of the judicial process. But the reasons for appellate delay include some which do not figure, or do not figure as importantly, at lower levels. In addition to reaching the just result in the case before it, an appellate court has a duty to set-

cier les délais écoulés dans le processus criminel; les mêmes principes généraux peuvent et devraient s'appliquer pendant tout le processus, même si leur incidence peut varier selon les considérations particulières qui entrent en jeu à divers stades. Le processus judiciaire étant ce qu'il est, les procédures interlocutoires de première instance et d'appel peuvent être entrelacées à tel point que, dans un cas donné, il est illogique de tenter d'appliquer des règles de droit distinctes selon le stade où l'on se trouve.

Les principes applicables en vertu de l'al. 11b) ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Morin*, précité. Ce sont les suivants: (1) la longueur du délai; (2) la renonciation, s'il en est, à invoquer certaines parties du délai; (3) les raisons du délai; (4) le préjudice subi par la personne assujettie au processus criminel. À mon avis, ces principes sont assez larges et souples pour s'appliquer au stade du processus criminel qui suit l'arrêt des procédures ou le verdict.

Il faut toujours tenir compte de la longueur du délai pour déterminer s'il est raisonnable, que ce soit le délai écoulé en première instance ou en appel. Il peut être moins facile de fixer une longueur «normale» pour le délai d'appel, étant donné le besoin qu'ont les juges de délibérer. Mais en ce qui concerne le délai antérieur au verdict ou à l'arrêt des procédures, certains délais seront clairement normaux, certains seront clairement exagérés, sauf justification, et d'autres, les plus difficiles à apprécier, se situeront entre ces deux extrêmes.

La renonciation s'applique pareillement au délai antérieur à l'arrêt des procédures et au verdict, et au délai postérieur à ceux-ci.

Les raisons du délai peuvent être semblables, qu'il soit antérieur ou postérieur à l'arrêt des procédures ou au verdict. Des systèmes de justice surchargés, une organisation déficiente, la négligence, les attermoissements de l'accusé—tous ces facteurs et d'autres peuvent jouer un rôle à tous les stades du processus judiciaire. Mais parmi les raisons du délai d'appel, il y en a certaines qui ne se retrouvent pas ou ont une incidence moins grande aux

tle and articulate principles of law which transcend the needs of the particular case. This may require more preparation, more research, more elaborate reasons and more discussion and debate among members of the appellate tribunal, and as a consequence, more time. The fact that a number of people with different views may be involved in the decision may add to the length of time required to settle the appeal finally. In some cases, counsel may need more time to prepare for a case given the complexity of the issues involved. For example, interveners are often involved at the appellate stage. The proper development of the law is an important goal which must be pursued, even at the expense of some additional delay in the case. This must be taken into account in considering the reasons for the delay.

The final factor set out in *Morin*, prejudice to the accused, is relevant both before, and after, a stay or a verdict has been ordered. What is protected at all stages is the accused's right to a fair and timely criminal process. As seen above, stigma, anxiety and restrictions on liberty may adversely affect the subject of the proceedings after a stay or verdict, just as before. Similarly, the subject's opportunity to present a full defence at a post-appeal trial may be adversely affected by post-verdict or post-stay delay. The impact of these adverse effects on the accused must be put in the balance in determining whether the delay complained of was reasonable.

This brings me to the matter of remedy. This Court has held in cases of pre-verdict, non-appellate delay, that a stay of proceedings is the minimum and generally appropriate remedy: *R. v. Rahey, supra*, at p. 614. However, where a verdict has been entered, a stay may not be appropriate. For example, a stay of proceedings would be useless to a convicted person complaining of appellate

paliers inférieurs. En plus de chercher la solution juste au litige dont elle est saisie, la cour d'appel a l'obligation d'établir et de formuler des principes de droit qui transcendent les besoins de l'affaire en question. Cela exige plus de préparation et de recherche, des motifs plus étoffés, des discussions plus longues entre les juges qui composent la cour et, par conséquent, plus de temps. Le fait qu'un certain nombre de personnes ayant des opinions divergentes puissent prendre part à la décision est susceptible d'allonger le délai requis pour que l'appel soit tranché définitivement. Dans certains cas, les avocats peuvent avoir besoin de plus de temps pour préparer un dossier à cause de la complexité des questions soulevées. Par exemple, des intervenants sont souvent parties aux appels. La formulation adéquate du droit applicable est un objectif important qu'il faut poursuivre, même si cela doit causer certains délais supplémentaires dans le déroulement de l'affaire. Cela doit être pris en considération en examinant les raisons du délai.

Le dernier facteur énuméré dans l'arrêt *Morin*, le préjudice causé à l'accusé, est pertinent tant avant qu'après que l'arrêt des procédures est ordonné ou que le verdict est prononcé. C'est le droit de l'accusé à un procès équitable et prompt qui est protégé à tous les stades. Comme nous l'avons vu, la stigmatisation, l'angoisse et les restrictions à la liberté peuvent avoir un effet préjudiciable sur la personne assujettie aux procédures tout autant après qu'avant l'arrêt des procédures ou le verdict. De même, la possibilité qu'elle a de présenter une défense pleine et entière au cours d'un procès postérieur à un appel peut être minée par le délai postérieur au verdict ou à l'arrêt des procédures. Les répercussions de ces effets préjudiciables doivent être prises en compte pour déterminer si le délai dont on se plaint était raisonnable.

Voilà qui m'amène à la question de la réparation. Notre Cour a décidé, dans des affaires de délai écoulé antérieurement au verdict en première instance qu'un arrêt des procédures est la réparation minimale qu'il convient généralement d'accorder: *R. c. Rahey*, précité, à la p. 614. Toutefois, une fois le verdict inscrit, il ne convient peut-être pas d'arrêter les procédures. Par exemple, un arrêt

delay; indeed, it would deny him or her a just remedy by preventing him or her from proceeding with his or her appeal. The nearest alternative to a stay of proceedings, quashing the conviction, might seem inappropriate given that one would be releasing, not a person presumed to be innocent as at the pre-trial stage, but a convicted felon who has not served his or her sentence. To release a convicted killer into society, for example, without having served his or her sentence, solely because the appeal he or she chose to bring took more time than reasonable, would be to grant a remedy which far outstrips the wrong and which overlooks the important societal interest in the safety and security of members of the public. Confronted with these alternatives, a judge finding unreasonable delay in such a case might wish instead to make a different order. He or she might order that the appeal be expedited, for example. Nor would I rule out other remedies such as damages to compensate for loss of liberty or mental suffering, although I would leave the question of what remedies may be appropriate for resolution on a case-by-case basis.

The many different circumstances which may prevail at the post-verdict, post-stay stage require a flexible approach to remedies. In some cases stays of proceedings may be appropriate. In other cases, other remedies will necessarily arise for consideration. The *Charter* empowers the court to grant such remedies as may be just in all the circumstances. In selecting a remedy, the judge should bear in mind such factors as the length and nature of the delay, the seriousness of the offence, the nature of the injury suffered by the accused and any prejudice caused to the accused's defence by the delay: see La Forest J. in *R. v. Rahey*, *supra*, at p. 648.

des procédures serait inutile pour une personne déclarée coupable qui se plaindrait du délai écoulé pendant un appel; en effet, ce serait lui refuser une juste réparation que de l'empêcher de poursuivre son appel. La solution qui se rapproche le plus de l'arrêt des procédures, soit l'annulation de la déclaration de culpabilité, pourrait sembler peu appropriée étant donné qu'on se trouverait à mettre en liberté, non pas une personne présumée innocente comme au stade antérieur au procès, mais un criminel déclaré coupable qui n'a pas purgé sa peine. Ainsi, remettre en liberté un tueur qui a été reconnu coupable, mais qui n'a pas purgé sa peine, seulement parce que l'appel qu'il a choisi d'interjeter a pris plus de temps que ce qui est raisonnable, reviendrait à accorder une réparation qui serait fort disproportionnée avec le tort causé et qui ne tiendrait pas compte de l'intérêt important qu'a la société dans la sécurité publique. Face à ces choix possibles, le juge qui conclurait à un délai déraisonnable en pareil cas pourrait préférer rendre une ordonnance différente. Il pourrait ordonner, par exemple, que l'appel se déroule promptement. Je n'écarterais pas non plus d'autres réparations comme des dommages-intérêts visant à indemniser de la perte de liberté ou des souffrances morales subies, encore que j'estime que la question de savoir quelle réparation peut convenir devrait être tranchée en fonction de chaque cas.

En raison des nombreuses circonstances différentes qui peuvent exister au stade postérieur au verdict ou à l'arrêt des procédures, il est nécessaire d'aborder de façon souple la question de la réparation. Dans certains cas, il peut être opportun d'arrêter les procédures. Dans d'autres cas, il sera nécessaire d'examiner d'autres réparations. La *Charte* habilite le tribunal à accorder la réparation qui peut être juste eu égard à toutes les circonstances. En choisissant une réparation, le juge devrait tenir compte de facteurs comme la durée et la nature du délai, la gravité de l'infraction, la nature du préjudice subi par l'accusé et de tout préjudice inhérent au délai causé à l'accusé sur le plan de sa défense: voir les motifs du juge La Forest dans *R. c. Rahey*, précité, à la p. 648.

I would be flexible as to the forum for the remedy. If it appears to the Court of Appeal that the accused's rights have been violated by excessive pre-verdict and appellate delay, for example, that court should be able to deal with both types of delay without sending the new issue of appellate delay back to a judge of first instance. On the other hand, the subject of a criminal process should not be prevented from applying to a judge of first instance with respect of any delay, including appellate delay. The practical reality, as noted earlier, is that pre-stay, pre-verdict delay and appellate delay are often intertwined and impact upon each other. To say that only courts of first instance can deal with the former and only courts of second instance can deal with the latter would be to unnecessarily truncate and complicate the proceedings.

Application to this Case

Applying s. 11(b) to this case, I conclude with my colleague Sopinka J. that unreasonable delay has not been established. As to the pre-stay delay, while the time period was long, much of it can be explained by a series of interlocutory proceedings which were necessary given the complexity of the case. There were thus good reasons for much of the delay. Waiver is not a factor. As for prejudice, I agree with the Court of Appeal below that the prejudice that may be inferred was minimal.

Nor, in my view, was the post-stay appellate delay unreasonable in this case. The greatest delay in this period was a gap between June 21, 1991, when the appeal book was served and January 15, 1992, when the respondent scheduled the hearing. Thereafter the appeal proceeded with reasonable dispatch, given certain problems with the unavailability of appellant's counsel for the first hearing date. However, there is no suggestion that the appellant was prejudiced by any of this delay, or that he wanted things to move faster. Presumably, he was content to let the stay stand as long as pos-

Je préconise la souplesse quant au choix du tribunal qui doit accorder la réparation. S'il appert à la Cour d'appel que les droits de l'accusé ont été violés à cause de délais excessifs écoulés avant le verdict et pendant les procédures d'appel, par exemple, la cour devrait être habilitée à connaître des deux types de délai sans renvoyer au juge de première instance la nouvelle question du délai d'appel. Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'empêcher la personne assujettie au processus criminel de saisir un juge de première instance de tout délai, y compris d'un délai d'appel. Dans la pratique, je le répète, les délais antérieurs à l'arrêt des procédures ou au verdict et les délais d'appel sont souvent entrelacés et influent les uns sur les autres. Dire que seuls les tribunaux de première instance peuvent connaître du premier type de délai et seules les cours d'appel peuvent connaître du second type reviendrait à tronquer et à compliquer inutilement les procédures.

Application à la présente affaire

Appliquant l'al. 11b) à l'espèce, je conclus, comme l'a fait mon collègue le juge Sopinka, qu'on n'a pas établi l'existence d'un délai déraisonnable. Quant au délai antérieur à l'arrêt des procédures, le laps de temps écoulé était certes trop long, mais il pouvait s'expliquer en grande partie par une série de procédures interlocutoires rendues nécessaires par la complexité de la cause. Une grande partie du délai était donc justifiée. La renonciation n'entre pas en ligne de compte. Pour ce qui est du préjudice, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel que le préjudice qui peut être inféré est minime.

À mon avis, le délai d'appel qui a suivi l'arrêt des procédures en l'espèce n'était pas déraisonnable non plus. Le délai le plus long durant cette période a été l'intervalle entre le 21 juin 1991, date de la signification du dossier d'appel, et le 15 janvier 1992, date à laquelle l'intimée a fixé l'audience. Par la suite, l'appel s'est déroulé avec une rapidité raisonnable, compte tenu de certains problèmes découlant du fait que l'avocat de l'appellant n'était pas libre pour la première date d'audience fixée. Toutefois, rien ne laisse croire que l'appellant a subi un préjudice à cause d'une partie quel-

sible. In these circumstances, unreasonable delay in the post-stay period is not made out. I note that the Court of Appeal ordered an accelerated trial, aimed at avoiding any further delay.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I agree with Justice Sopinka that s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply to appellate delay. I find support for this in the French version of the *Charter* and in the European Court of Human Rights judgment in the *Wemhoff* case, judgment of 27 June 1968, Series A No. 7, cited by my colleague; see my reasons in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at pp. 632-33. However, I am of the view, given the interrelationship between ss. 7 and 11(b), that s. 7 may in certain contexts provide residual protection to the interests the right under s. 11(b) is designed to protect that goes beyond the specific protection it provides; see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425. Accordingly, those interests are also entitled to protection at the appellate level but subject to the special considerations specific to the appellate process and in consequence the choice of an appropriate remedy. In particular, a stay should not as often be used as the appropriate remedy for appellate delay as for trial delay. On these matters, it will be obvious that I generally share the views of Justice McLachlin. I also agree with her regarding the appropriate court for considering delay.

I should say, however, that I do not share her concerns about a bifurcated system. In considering delay at the appellate level, I do not see why weight should not be given to pre-appeal delay, or why a consideration of appellate delay could not

conque de ce délai ni qu'il a voulu accélérer la procédure. Il ne demandait probablement pas mieux que de voir l'arrêt des procédures durer le plus longtemps possible. Dans ces circonstances, il n'a pas été établi que le délai postérieur à l'arrêt des procédures était déraisonnable. Je souligne que la Cour d'appel a ordonné qu'un procès soit tenu promptement afin d'éviter tout nouveau délai.

^a Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis d'accord avec le juge Sopinka pour dire que l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas aux délais d'appel. J'affirme cela en m'appuyant sur la version française de la *Charte* et sur la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7, que cite mon collègue; voir les motifs que j'ai rédigés dans *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, aux pp. 632 et 633. Cependant, je suis d'avis, compte tenu de la corrélation de l'art. 7 et de l'al. 11b), que l'art. 7 peut dans certains contextes fournir, aux intérêts que le droit garanti à l'al. 11b) est destiné à protéger, une protection résiduelle allant au-delà de la protection précise qu'il offre; voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425. Par conséquent, ces intérêts peuvent aussi bénéficier d'une protection au stade de l'appel, mais sous réserve des considérations spéciales propres au processus d'appel et donc au choix d'une réparation convenable. En particulier, l'arrêt des procédures ne devrait pas servir de réparation convenable aux délais d'appel aussi souvent qu'aux délais de première instance. Au sujet de ces questions, il est évident que je partage généralement le point de vue du juge McLachlin. Je suis aussi de son avis en ce qui concerne le tribunal approprié pour examiner les délais.

Je me permets d'ajouter, cependant, que je ne partage pas ses préoccupations concernant un système à deux volets. En examinant le délai écoulé en appel, je ne vois pas pourquoi il n'y a pas lieu d'accorder de l'importance au délai antérieur à

figure in the equation when complaints about delay are raised at trial following appellate review. Sections 7 and 11(b) are not mutually exclusive. The *Charter* is an organic instrument.

I agree that there was no unreasonable delay in this case and I would accordingly dismiss the appeal.

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

SOPINKA J.—This appeal concerns the application of the constitutional guarantee to be tried within a reasonable time contained in s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The important question of law to be resolved is whether s. 11(b) applies to appellate proceedings.

Facts

The appellant was charged with criminal negligence causing death in an information sworn on September 15, 1988. He was released from custody on an undertaking, and on consent, the matter was adjourned to October 25, 1988. At that time, counsel for the appellant (not Mr. Greenspan who was counsel before this Court and at the Court of Appeal) advised the Provincial Court judge that the investigation was ongoing and that a disclosure brief was not available. At the suggestion of Crown counsel, the matter was adjourned to November 8, 1988. On November 8, an agent for counsel for the appellant requested an adjournment to permit defence counsel to arrange a pre-trial, and the matter was accordingly adjourned to December 6, 1988.

On December 6, 1988, the charge was further adjourned to January 31, 1989 for a pre-trial. Counsel for the appellant estimated that the preliminary hearing would require five days and that it was likely that a great deal of scientific evidence would be called at that time. Crown counsel

l'appel, ni pourquoi il ne pourrait pas y avoir un examen du délai d'appel lorsque les plaintes au sujet du délai d'appel sont formulées au procès à la suite d'un examen en appel. L'article 7 et l'al. 11b) ne s'excluent pas mutuellement. La *Charte* est un instrument organique.

Je conviens que le délai écoulé en l'espèce n'était pas déraisonnable et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

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

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi porte sur l'application du droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable que garantit l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'importante question de droit à résoudre est de savoir si l'al. 11b) s'applique aux procédures d'appel.

Les faits

Dans une dénonciation faite sous serment le 15 septembre 1988, l'appellant a été accusé de négligence criminelle causant la mort. Il a été remis en liberté en échange d'une promesse de comparaître et, avec le consentement des parties, l'affaire a été ajournée au 25 octobre 1988. À cette date, l'avocat de l'appellant (qui n'était pas M^e Greenspan qui a représenté l'accusé devant notre Cour et devant la Cour d'appel) a informé le juge de la Cour provinciale que l'enquête était en cours et qu'on ne disposait pas d'un dossier d'information. À la suggestion du substitut du procureur général, l'affaire a été ajournée au 8 novembre 1988. Le 8 novembre, un représentant de l'avocat de l'appellant a sollicité un ajournement afin de permettre à l'avocat de la défense de prendre des dispositions pour la tenue d'une conférence préparatoire au procès et l'affaire a donc été ajournée au 6 décembre 1988.

Le 6 décembre 1988, la mise en accusation a été ajournée au 31 janvier 1989 afin de permettre la tenue d'une conférence préparatoire. L'avocat de l'appellant estimait que cinq jours seraient nécessaires pour procéder à l'enquête préliminaire et que de nombreux éléments de preuve scientifique

requested that the pre-trial judge be permitted to read the Crown brief prior to the pre-trial. The court approved this request as consistent with the "usual practice." Trial counsel for the appellant consented to the request but advised the court that all of the Crown's scientific reports were not yet available and that this evidence was crucial to the resolution of the case. He also indicated that the pre-trial judge would likely require two days to read the Crown brief. Both counsel agreed to January 31, 1989 as a date for the pre-trial conference.

The pre-trial conference was held on January 31, 1989. It was conducted in the pre-trial judge's chambers and no transcript is available. However, court resumed once the pre-trial had been completed, and counsel for the Crown and defence spoke to the provincial judge about setting a date for trial or for a preliminary hearing. The judge indicated that five days would be required for a preliminary and suggested September or October 1989, subject to counsel's availability. Because the appellant was not present in court on this date, the matter was adjourned to February 7, 1989 to set the trial date.

On February 7, 1989 counsel for the appellant advised the court that he would be calling eight or nine witnesses, in addition to the seven witnesses to be called by the Crown and that he was prepared to set a date for the first week of October, 1989. October 2, 1989 through October 6, 1989 were set for the trial or preliminary hearing. Counsel for the appellant declined to elect a trial or preliminary hearing for that date because he did not have all the material, which suggests that some, but not full, disclosure had been made. On February 14,

seraient probablement produits à ce moment. Le substitut du procureur général a demandé que le juge présidant la conférence préparatoire soit autorisé à lire le dossier du ministère public avant la tenue de la conférence. La cour a considéré que cette requête était compatible avec la «procédure habituelle». L'avocat de l'appelant au procès a donné son consentement à la requête, mais il a informé la cour qu'on ne disposait pas encore de tous les rapports scientifiques du ministère public et que ces éléments de preuve étaient essentiels pour statuer sur l'affaire. Il a également indiqué qu'il faudrait probablement deux jours au juge présidant la conférence pour lire le dossier du ministère public. Les avocats des deux parties se sont entendus pour fixer au 31 janvier 1989 la tenue de la conférence préparatoire.

La conférence préparatoire a eu lieu le 31 janvier 1989 dans le cabinet du juge qui la présidait et on ne dispose d'aucune transcription de cette procédure. Cependant, la cour a recommencé à siéger une fois terminée la conférence préparatoire et les avocats du ministère public et de la défense ont parlé avec le juge de la Cour provinciale de fixer une date pour le procès ou l'enquête préliminaire. Le juge a indiqué que cinq jours seraient nécessaires pour procéder à l'enquête préliminaire et il a proposé qu'elle ait lieu en septembre ou en octobre 1989, à la condition que les avocats soient libres à ce moment-là. Du fait que l'appelant ne s'est pas présenté en cour à cette date, l'audience a été ajournée au 7 février 1989 pour fixer la date du procès.

Le 7 février 1989, l'avocat de l'appelant a informé la cour qu'il ferait comparaître huit ou neuf témoins, en sus des sept témoins convoqués par le ministère public, et qu'il était disposé à choisir une date tombant dans la première semaine du mois d'octobre 1989. La date du 2 au 6 octobre 1989 a été fixée pour le procès ou l'enquête préliminaire. L'avocat de l'appelant a refusé d'opter pour la tenue d'un procès ou d'une enquête préliminaire à cette date parce qu'il n'avait pas reçu tous les documents, ce qui semble indiquer qu'une partie seulement de la preuve avait été communiquée. L'appelant a comparu le 14 février 1989 et le

1989, the appellant appeared in court and the week of October 2 to 6 was confirmed.

On October 2, 1989 the appellant elected to be tried by a court composed of judge and jury and the preliminary hearing commenced. On October 5, 1989, the appellant was committed for trial and re-elected to be tried by judge alone.

The indictment was signed on October 20, 1989. On November 7, 1989, the appellant first appeared in the District Court assignment court. At that time the transcript of the preliminary hearing had not been completed. It was completed on November 14, 1989. On November 7, both counsel agreed that a pre-trial would be worthwhile, and the court suggested December 13, 1989 as a date for the pre-trial. However, counsel for the appellant was not available on that date, and therefore January 17, 1990 was selected.

On January 17, 1990, Crown counsel was unable to attend the pre-trial conference due to a conflicting commitment, and the pre-trial was adjourned. The date of February 6, 1990 was chosen as the date upon which a new pre-trial date would be set. On that date, May 2, 1990 was chosen as a date for the pre-trial. There is no transcript or other evidence to explain why May 2 was selected. Further, while a secretary at the firm representing the appellant, Kelly Annet, stated in her affidavit that she had been informed that Crown counsel advised the court that he wished to have a pre-trial conference, the affidavit of the Crown indicates that Crown counsel does not recall whether he wished to have a pre-trial conference.

The pre-trial conference was held on May 2, 1990. The issues were discussed and the matter was adjourned to June 5, 1990 to set a date for trial.

At assignment court on June 5, 1990, defence counsel indicated to the court that the trial would likely last ten days and that an out-of-town judge was required. According to counsel for the appel-

choix de la semaine du 2 au 6 octobre a été confirmé.

Le 2 octobre 1989, l'appelant a choisi de subir son procès devant juge et jury et l'enquête préliminaire a commencé. Le 5 octobre 1989, l'appelant a été renvoyé à son procès et il a choisi cette fois d'être jugé par un juge seul.

L'acte d'accusation a été signé le 20 octobre 1989. Le 7 novembre 1989, l'appelant s'est présenté pour la première fois à l'audience de fixation du rôle de la Cour de district. La transcription de l'enquête préliminaire n'était pas encore terminée à ce moment-là. Elle ne l'a été que le 14 novembre 1989. Le 7 novembre, les avocats des deux parties ont reconnu qu'il vaudrait la peine de tenir une conférence préparatoire et la cour a proposé qu'elle ait lieu le 13 décembre 1989. Toutefois, comme l'avocat de l'appelant n'était pas libre à cette date, la conférence a été fixée au 17 janvier 1990.

Le 17 janvier 1990, le substitut du procureur général a été incapable d'assister à la conférence préparatoire en raison d'un autre engagement, et celle-ci a été ajournée. Le 6 février 1990 a été choisi pour fixer une nouvelle date de conférence préparatoire. Ce jour-là, la conférence a été fixée au 2 mai 1990. Il n'existe aucune transcription ni aucune autre preuve permettant d'expliquer le choix de cette date. De plus, bien que Kelly Annet, une secrétaire du cabinet représentant l'appelant, ait déclaré dans son affidavit qu'on lui avait dit que le substitut du procureur général avait informé la cour qu'il voulait une conférence préparatoire, l'affidavit du ministère public indique que le substitut du procureur général ne se rappelle pas s'il souhaitait une telle conférence.

La conférence préparatoire a eu lieu le 2 mai 1990. Les questions litigieuses ont été examinées et l'affaire a été ajournée au 5 juin 1990 afin de choisir une date de procès.

À l'audience de fixation du rôle, le 5 juin 1990, l'avocat de la défense a indiqué à la cour que le procès durerait probablement dix jours et qu'il devrait être présidé par un juge de l'extérieur de la

lant, an out-of-town judge was necessary because all the judges in the jurisdiction knew the family of the deceased. It is agreed that, in the circumstances, this request was reasonable. The trial coordinator made it clear that the trial date would be set and that a judge from outside Sudbury would then be found to preside at the trial. The date of December 3, 1990 was suggested as an appropriate date, but defence counsel expressed a preference for a January 1991 date as he had other commitments in December. At defence counsel's suggestion, the matter was adjourned to July 3, 1990 in order for counsel to make appropriate arrangements about a date.

During June, 1990, counsel for the appellant and respondent met with Loukidelis J. in chambers and agreed to the dates of December 3 to 10 for the trial. The affidavit of Greg Rodgers, Assistant Crown Attorney, states that "[i]f the matter was shorter and could be heard by a local Judge a trial date could have been obtained within 3 months". On July 3, 1990, it was decided that the trial would proceed on December 3, 1990.

On December 3, 1990, the appellant applied for a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*, arguing that his right to be tried within a reasonable time had been infringed. In the alternative, he sought an order excluding the evidence of a certain witness on the grounds of late disclosure. On December 4, 1990, the trial judge stayed the proceedings on the grounds that the right to trial within a reasonable time in s. 11(b) of the *Charter* had been infringed.

As the respondent noted in its factum, no motion to adduce fresh evidence regarding appellate delay was made at the Court of Appeal or before this Court, and no affidavit evidence regarding this period has been adduced. There is accordingly no evidence before this Court regarding delay during the appellate period, but for the purposes of setting out the time frame, the following dates from the

ville. Selon l'avocat de l'appelant, il était nécessaire de recourir aux services d'un juge de l'extérieur de la ville parce que tous les juges du district judiciaire connaissaient la famille du défunt. On convient que, dans les circonstances, cette requête était raisonnable. Le coordonnateur des rôles a indiqué clairement que la date du procès serait fixée et qu'un juge de l'extérieur de Sudbury serait ensuite choisi pour présider le procès. On a proposé que le procès ait lieu le 3 décembre 1990, mais l'avocat de la défense a indiqué qu'il préférerait qu'il se déroule en janvier 1991 parce qu'il avait d'autres engagements en décembre. À la suggestion de ce dernier, l'affaire a été ajournée au 3 juillet 1990 afin de permettre aux avocats de prendre les dispositions nécessaires pour fixer une date.

En juin 1990, les avocats de l'appelant et de l'intimée ont rencontré le juge Loukidelis dans son cabinet et ils ont convenu que le procès se déroulerait du 3 au 10 décembre. Dans son affidavit, Greg Rodgers, substitut adjoint du procureur général, déclare que [TRADUCTION] «[s]i l'affaire avait duré moins longtemps et si elle avait pu être entendue par un juge local, le procès aurait pu avoir lieu dans les trois mois». Le 3 juillet 1990, il a été décidé que le procès commencerait le 3 décembre 1990.

Le 3 décembre 1990, l'appelant a fait valoir qu'il y avait eu violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable et il a invoqué le par. 24(1) de la *Charte* pour demander un arrêt des procédures. Subsidiairement, il a sollicité une ordonnance écartant la déposition d'un certain témoin pour le motif qu'elle avait été communiquée tardivement. Le 4 décembre 1990, le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures pour cause de violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que garantit l'al. 11(b) de la *Charte*.

Comme l'a souligné l'intimée dans son mémoire, aucune requête visant le dépôt de nouveaux éléments de preuve au sujet du délai d'appel ni aucune preuve par affidavit relative à ce délai n'ont été soumises à la Cour d'appel ou à notre Cour. En conséquence, notre Cour n'a été saisie d'aucun élément de preuve relatif au délai écoulé pendant la période d'appel, mais afin d'indiquer

factum of the appellant are accepted as fact. On December 24, 1990, the Attorney General appealed against the stay of proceedings. The transcript of the argument and the judgment were served on counsel for the appellant on February 13, 1991, and on June 21, 1991, the appeal book was served. On January 15, 1992, the respondent scheduled the hearing, suggesting that the appeal proceed on March 13, 1992. Due to the unavailability of counsel for the appellant on that date, counsel for the respondent proposed various dates commencing April 6, 1992, at which point April 24, 1992 was set as the earliest available date. The appeal was heard in the Court of Appeal for Ontario on April 24 during which the issue of appellate delay was raised. On June 22, 1992, the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the stay and remitted the matter for trial on an expedited basis. On July 30, 1992, the appellant filed his Notice of Appeal in this Court.

Judgments Below

Ontario Court of Justice—General Division, Stortini J.

Stortini J. held that the appellant's s. 11(b) rights had been violated. He noted that the total delay in this case was two years and two and a half months from the first appearance to trial, and that four months passed from the accused's arrest to the holding of the pre-trial conference. This latter delay was mostly due to the then-existing system which sought to accommodate counsel in arranging for pre-trial conferences and could not be attributed solely to the prosecutor or to systemic or institutional delay. He considered the argument that the delay was reasonable given the complexities of the case in terms of scientific evidence, the number of witnesses, the length of the preliminary hearing and trial, and the fact that an out-of-town judge was required. Noting that complex cases would justify longer delays than would simple cases, he stated, nonetheless, that lack of institutional resources should not constitute an acceptable excuse for unreasonable delays. He concluded that the delay was unreasonable as it was too long and

quels ont été les délais, les dates suivantes tirées du mémoire de l'appellant sont tenues pour avérées. Le 24 décembre 1990, le procureur général a interjeté appel contre l'arrêt des procédures. La transcription des plaidoiries ainsi que le jugement ont été signifiés à l'avocat de l'appellant le 13 février 1991 et le dossier d'appel a été signifié le 21 juin 1991. Le 15 janvier 1992, l'intimée a fixé une date d'audience, proposant que l'audition de l'appel ait lieu le 13 mars 1992. Comme l'avocat de l'appellant n'était pas libre à cette date, l'avocat de l'intimée a proposé diverses dates à compter du 6 avril 1992, et on a alors déterminé que le 24 avril 1992 était la date la plus rapprochée à laquelle il était possible de procéder. Le 24 avril, la Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'appel au cours duquel la question des délais d'appel a été soulevée. Le 22 juin 1992, elle a accueilli l'appel, annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire pour qu'un procès soit tenu promptement. Le 30 juillet 1992, l'appellant a déposé son avis de pourvoi devant notre Cour.

Les juridictions inférieures

Cour de justice de l'Ontario (Division générale), le juge Stortini

Le juge Stortini a statué qu'il y avait eu violation des droits garantis à l'appellant par l'al. 11(b). Il a souligné qu'en l'espèce il s'était écoulé au total deux ans et deux mois et demi entre la première comparution et le procès, et quatre mois entre l'arrestation de l'accusé et la tenue de la conférence préparatoire au procès. Ce dernier délai était principalement imputable au système alors en vigueur qui visait à permettre de s'entendre avec les avocats pour organiser des conférences préparatoires au procès et il ne pouvait être uniquement imputé à la poursuite ou à un délai systémique ou institutionnel. Le juge a examiné l'argument selon lequel le délai était raisonnable compte tenu de la complexité de l'affaire sur les plans de la preuve scientifique, du nombre de témoins, de la durée de l'enquête préliminaire et du procès, et de la nécessité d'avoir recours à un juge de l'extérieur de la ville. Soulignant que les affaires complexes justifient des délais plus longs que les affaires simples, il a néanmoins déclaré que la pénurie de ressources

that the explanations for the delay were either non-existent or insufficient to justify the delay.

Ontario Court of Appeal (1992), 74 C.C.C. (3d) 111 (Morden A.C.J.O and Osborne and Weiler J.J.A.)

Osborne J.A., writing for the court, held that the appeal should be allowed. After identifying waiver as a critical issue in the case, Osborne J.A. focused on two periods: the seven and one-half month period preceding the preliminary hearing, which began on October 2, 1989 and the six-month period preceding the trial which began on December 3, 1990. The court concluded that "waiver in the entire period from January 31, 1989 to October 2, 1989, has not been established." The court did find that the respondent waived his right to complain of one month of the delay between December 13, 1989 and January 17, 1990 because he expressed a preference for January 17, 1990 rather than the scheduled date of December 13, 1989. The court did not find, however, that the respondent waived his right to complain of the six-month delay between June 1990 and December 1990, although counsel for the appellant did agree to the December trial date. Although there was no evidence before the court with respect to alternative trial dates, Osborne J.A. concluded that the December 3 date was likely the first date available for a ten-day trial.

With respect to the reasons for the delay, the Court of Appeal concluded that the four-month period from the appellant's arrest to the pre-trial conference was attributable to delay inherent in the nature of the case, including some intake delay. Some two months of delay between committal and the first date for the pre-trial was also held to be inherent delay. Osborne J.A. was of the view that neither the Crown nor the accused could be said to be responsible for much of the delay, except that it

institutionnelles ne devrait pas constituer une excuse acceptable pour des délais déraisonnables. Il a conclu que le délai était déraisonnable car il était trop long, et que les explications permettant de le justifier étaient soit inexistantes soit insuffisantes.

Cour d'appel de l'Ontario (1992), 74 C.C.C. (3d) 111, le juge en chef adjoint Morden et les juges Osborne et Weiler

Le juge Osborne, qui a rédigé les motifs de la cour, a conclu que l'appel devait être accueilli. Après avoir déterminé que la renonciation était une question décisive dans cette affaire, il s'est concentré sur deux périodes: la période de sept mois et demi antérieure à l'enquête préliminaire, qui a commencé le 2 octobre 1989, et la période de six mois antérieure au procès, qui a commencé le 3 décembre 1990. La cour a conclu qu'[TRADUCTION] «il n'a pas été démontré qu'il y a eu renonciation pendant toute la période du 31 janvier au 2 octobre 1989». Elle a toutefois jugé que l'intimé avait renoncé à son droit de se plaindre du délai d'un mois écoulé entre le 13 décembre 1989 et le 17 janvier 1990, parce qu'il a indiqué qu'il préférerait le 17 janvier à la date du 13 décembre qui avait été fixée. La cour n'a toutefois pas conclu que l'intimé avait renoncé à son droit de se plaindre du délai de six mois écoulé entre les mois de juin et de décembre 1990, même si l'avocat de l'appelante a effectivement consenti à ce que le procès ait lieu en décembre. Quoique la cour n'ait été saisie d'aucun élément de preuve concernant d'autres dates auxquelles le procès aurait pu avoir lieu, le juge Osborne a conclu que le 3 décembre était probablement la première date disponible pour un procès de 10 jours.

Quant aux raisons du délai, la Cour d'appel a conclu que la période de quatre mois écoulée entre l'arrestation de l'appelant et la conférence préparatoire au procès était attribuable à un délai inhérent à la nature de l'affaire, dont un certain délai préparatoire. Elle a jugé qu'un délai de deux mois et quelques entre l'incarcération et la première date fixée pour la conférence préparatoire constituait aussi un délai inhérent. Le juge Osborne estimait que ni le ministère public ni l'accusé ne pouvaient

was Crown counsel's scheduling problems which required the pre-trial to be adjourned from January 17, 1990 to May 2, 1990. The two periods from February 7, 1989 (when the preliminary hearing date was set) to October 2, 1989 (when the preliminary hearing commenced) and from June 5, 1990 (when the trial date was set) to December 3, 1990 (when the trial was to begin) were held to be systemic delay, although it was noted that the lengthy court times necessary justified a longer delay than would be acceptable in a simpler case.

With respect to the issue of prejudice, Osborne J.A. agreed with the trial judge that the respondent suffered no actual or special prejudice as a result of the delay from the time the information was sworn in September, 1988 to the time his trial commenced in December, 1990.

To determine whether the delay was unreasonable, the Court of Appeal weighed the explanation for the delay and prejudice to the accused to determine whether the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time had been breached. Osborne J.A. noted that this Court had held in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, that, although prejudice is only one factor to be taken into account in the balancing process, a conclusion that prejudice was absent or that it was minimal is significant. The rationale for the pre-eminent position given to prejudice was held to be consistent for the purposes of s. 11(b)—to protect the rights of the accused and the dual societal interest in seeing an accused treated humanely and fairly and in seeing those accused of crimes brought to trial.

Weighing all the factors, Osborne J.A. found that the delay was not unreasonable. He concluded that the prejudice that may be inferred was minimal, and that there was nothing on the record to suggest that the respondent ever sought an earlier date for the pre-trials, the preliminary hearing or

être tenus responsables d'une grande partie du délai, sauf que ce sont les problèmes d'horaire du substitut du procureur général qui ont nécessité l'ajournement de la conférence préparatoire du 17 janvier 1990 au 2 mai 1990. Il a jugé que la période du 7 février 1989 (jour de la fixation de la date de l'enquête préliminaire) au 2 octobre 1989 (jour d'ouverture de l'enquête préliminaire) et celle du 5 juin 1990 (jour de la fixation de la date du procès) au 3 décembre 1990 (jour où devait s'ouvrir le procès) constituaient des délais systémiques, quoiqu'il ait souligné que les longues périodes de présence en cour requises justifiaient des délais plus longs que ceux qui seraient acceptables dans une affaire moins complexe.

Quant à la question du préjudice, le juge Osborne s'est dit d'accord avec le juge du procès pour affirmer que l'intimé n'avait subi aucun préjudice réel ou spécial par suite du délai écoulé entre le moment où la dénonciation a été faite sous serment en septembre 1988 et l'ouverture de son procès en décembre 1990.

Afin de déterminer si le délai était déraisonnable, la Cour d'appel a sopesé les explications du délai et le préjudice causé à l'accusé pour établir s'il y avait eu violation du droit constitutionnel de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable. Le juge Osborne a souligné que notre Cour avait statué, dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, que, même si le préjudice n'est que l'un des facteurs dont il faut tenir compte dans le processus d'évaluation, la conclusion qu'il n'y a eu aucun préjudice ou que celui-ci était minime est importante. Les raisons pour lesquelles on accorde une importance primordiale au préjudice ont été jugées compatibles avec l'objet de l'al. 11(b), qui est de protéger les droits de l'accusé et le double intérêt de la société à ce qu'un accusé soit traité de façon humaine et équitable et à ce que les personnes accusées de crimes soient traduites en justice.

Après avoir sopesé tous les facteurs, le juge Osborne a statué que le délai n'était pas déraisonnable. Il a conclu que le préjudice dont on pouvait déduire l'existence était minime et que rien dans le dossier ne donnait à penser que l'intimé avait jamais tenté d'obtenir une date plus rapprochée

the trial. While noting that “there may be a fine line between acceptance of the inevitability of the pace of proceedings and contentment with the speed of the process”, Osborne J.A. held that the guidelines set out in *Morin* do not establish a limitation period and that a balancing of all aspects of the delay in this case led to the conclusion that the delay was not unreasonable.

Osborne J.A. therefore ordered that the appeal should be allowed, the stay set aside and remitted the matter for trial, on an expedited basis.

The Issues

There are two issues: (1) was the delay preceding the end of the trial unreasonable so as to offend the provisions of s. 11(b) of the *Charter*; and (2) does s. 11(b) apply to the delay in respect of the appellate proceedings?

Pre-trial Delay

The facts relating to this issue were reviewed in detail in relation to the principles expressed by this Court in *R. v. Morin*, *supra*, by Osborne J.A. in the Court of Appeal. Bearing in mind the approach to review of appellate judgments in respect of the application of s. 11(b) adopted by this Court in *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115, I would adopt the conclusions and reasons of Osborne J.A. and dismiss this ground of appeal.

Appellate Delay

This issue was raised in the Court of Appeal but was not dealt with. I have concluded that s. 11(b) does not apply to delay in respect of an appeal from conviction by the accused nor an appeal from an acquittal by the Crown. Moreover, in my opin-

pour la tenue des conférences préparatoires, de l'enquête préliminaire ou du procès. Tout en soulignant que [TRADUCTION] «la ligne de démarcation peut être très mince entre l'acceptation de l'impossibilité de modifier le rythme des procédures et la satisfaction de la rapidité avec laquelle elles se déroulent», le juge Osborne a statué que les lignes directrices formulées dans l'arrêt *Morin* n'établissent pas un délai de prescription et que l'appréciation de tous les aspects du délai en l'espèce amenait à conclure qu'il n'était pas déraisonnable.

Le juge Osborne a donc conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel, d'annuler l'arrêt des procédures et de renvoyer l'affaire pour qu'un procès soit tenu promptement.

Les questions en litige

Deux questions sont en litige: (1) le délai écoulé avant la fin du procès était-il déraisonnable au point de violer les dispositions de l'al. 11b) de la *Charte*? Et (2) l'al. 11b) s'applique-t-il au délai résultant des procédures d'appel?

Le délai antérieur au procès

Le juge Osborne de la Cour d'appel a analysé en détail les faits relatifs à cette question en fonction des principes formulés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Morin*, précité. Compte tenu de la façon d'aborder l'examen des arrêts des tribunaux d'appel relativement à l'application de l'al. 11b), que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115, je ferais miens les motifs et les conclusions du juge Osborne et je rejetterais ce moyen d'appel.

Le délai d'appel

Cette question a été soulevée devant la Cour d'appel mais elle n'a pas été examinée. J'en suis venu à la conclusion que l'al. 11b) ne s'applique pas au délai écoulé dans le cas d'un appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité ou dans le cas d'un appel interjeté par le ministère public contre un acquittement. De plus, il n'existe pas à mon avis de différence à cet égard entre un

ion, there is no distinction in this regard between an acquittal after trial and a judicial stay.

Section 11 of the *Charter* is to be interpreted in a manner that harmonizes as much as possible all of its subsections. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 353, La Forest J., for the majority, stated:

As I observed in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, the phrase "Any person charged with an offence" in the opening words of the section must be given a constant meaning that harmonizes with the various paragraphs of the section. It seems clear to me that for the purposes of s. 11 it would be quite inappropriate to conclude that a convicted person is charged with an offence when confronted with a Part XXI application. How can it be said that the right to the presumption of innocence until proven guilty (s. 11(d)) and the right to bail (s. 11(e)), for example, could have any application in the context of the unique post-conviction proceeding mandated by Part XXI? [Emphasis in original.]

Many of the rights found in s. 11 cannot apply to appeals and are restricted to the pre-trial or trial process. If "[a]ny person charged" in s. 11(b) necessarily includes the accused as a party to an appeal then the same conclusion would have to apply to the other subsections of the section. An examination of the various subsections shows s. 11(a), (c), (f) and (i) clearly do not apply to appeals. Section 11(e) could not apply to an appellant who has been acquitted and other subsections are primarily concerned with what occurs at trial although exceptionally they might have some application on appeal.

I conclude from the foregoing that as a general rule "[a]ny person charged" under s. 11 does not include an accused person who is party to an appeal. A particular subsection may apply to appeal proceedings as an exception to the general rule if its purpose and language support this conclusion. After considering the purpose and language of s. 11(b), I have concluded that the interpretation that gives effect to both of these elements

arrêt des procédures et un acquittement prononcé à la suite d'un procès.

L'article 11 de la *Charte* doit être interprété d'une manière qui s'harmonise autant que possible avec tous ses alinéas. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 353, le juge La Forest affirme, au nom de la majorité:

Comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, on doit prêter à l'expression «Tout inculpé», au début de l'article, un sens fixe qui soit en harmonie avec les différents alinéas de cet article. Il me paraît évident qu'aux fins de l'art. 11 il ne s'agirait pas du tout de conclure qu'une personne reconnue coupable d'une infraction se voit inculper d'une autre infraction lorsqu'elle fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI. Comment peut-on prétendre que le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable (al. 11d)) et le droit d'être mis en liberté sous caution (al. 11e)), par exemple, pourraient jouer dans le contexte de la procédure spéciale prévue à la partie XXI pour des cas où il y a déjà eu déclaration de culpabilité? [Souligné dans l'original.]

Plusieurs des droits énoncés à l'art. 11 ne peuvent pas s'appliquer aux appels et se limitent au procès ou aux procédures préparatoires au procès. Si l'expression «[t]out inculpé» à l'al. 11b) vise nécessairement l'accusé en tant que partie à un appel, la même conclusion devrait alors s'appliquer aux autres alinéas de cet article. Or, un examen des différents alinéas montre clairement que les al. 11a), c), f) et i) ne s'appliquent pas aux appels. L'alinéa 11e) ne pourrait pas s'appliquer à un appelant qui a été acquitté et les autres alinéas concernent principalement ce qui se passe au procès même s'ils pourraient exceptionnellement s'appliquer dans une certaine mesure lors d'un appel.

Je conclus de ce qui précède qu'en règle générale l'expression «[t]out inculpé» au sens de l'al. 11 ne vise pas un accusé qui est partie à un appel. Un alinéa donné peut s'appliquer aux procédures d'appel par exception à la règle générale si son objet et son texte justifient cette conclusion. Après avoir examiné l'objet et le texte de l'al. 11b), j'ai conclu que l'interprétation qui permet de mettre à exécution ces deux éléments et qui

and best harmonizes the other subsections is that the subsection applies to the pre-trial period and the trial process but not to appellate proceedings. While I am uncomfortably aware that I expressed a different view in my dissenting reasons in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, I have come to this conclusion in light of the considerable additional judicial experience of this Court in the application of s. 11(b) since the judgment in *Conway*. In particular, I refer to the judgment in *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, and cases that followed it as to the purpose of s. 11(b).

The general objects and purposes of s. 11(b) were recently re-stated in *R. v. Morin, supra*, as follows at p. 786:

The individual rights which the section seeks to protect are: (1) the right to security of the person, (2) the right to liberty, and (3) the right to a fair trial.

The right to security of the person is protected in s. 11(b) by seeking to minimize the anxiety, concern and stigma of exposure to criminal proceedings. The right to liberty is protected by seeking to minimize exposure to the restrictions on liberty which result from pre-trial incarceration and restrictive bail conditions. The right to a fair trial is protected by attempting to ensure that proceedings take place while evidence is available and fresh.

If these purposes and objects were embodied in s. 11(b) without restriction, it would be difficult to argue that the section had no application to appeals. The section has, however, been interpreted in a manner that does not extend its protection of these interests against the consequences of delay at large, but only from the consequences of delay flowing from a formal charge. Short of a formal charge, similar consequences proceeding from other aspects of governmental activity in the criminal process do not trigger the protection of the provision. Accordingly, in *Kalanj, supra*, this Court dealt with a situation in which the accused were arrested after a lengthy investigation. On the day of the arrest the accused were fingerprinted and released but were advised not to leave town, that they would be charged and that a summons would

s'harmonise le mieux avec les autres alinéas est qu'il s'applique à la période antérieure au procès et au procès lui-même, mais non aux procédures d'appel. Quoique, dois-je avouer avec un certain embarras, j'aie exprimé un point de vue différent dans la dissidence que j'ai rédigée dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, j'en suis venu à cette conclusion compte tenu de l'expérience additionnelle considérable que notre Cour a acquise en matière d'application de l'al. 11b) depuis l'arrêt *Conway*. Je mentionne, en particulier, l'arrêt *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, et les arrêts qui l'ont suivi quant à l'objet de l'al. 11b).

Les objets généraux de l'al. 11b) ont récemment été exposés de nouveau dans l'arrêt *R. c. Morin*, précité, à la p. 786:

Les droits individuels que l'alinéa cherche à protéger sont: (1) le droit à la sécurité de la personne, (2) le droit à la liberté et (3) le droit à un procès équitable.

L'alinéa 11b) protège le droit à la sécurité de la personne en tentant de diminuer l'anxiété, la préoccupation et la stigmatisation qu'entraîne la participation à des procédures criminelles. Il protège le droit à la liberté parce qu'il cherche à réduire l'exposition aux restrictions de la liberté qui résulte de l'emprisonnement préalable au procès et des conditions restrictives de liberté sous caution. Pour ce qui est du droit à un procès équitable il est protégé par la tentative de faire en sorte que les procédures aient lieu pendant que la preuve est disponible et récente.

Si ces objets étaient formulés sans réserve à l'al. 11b), il serait difficile de soutenir que l'article ne s'applique pas aux appels. Cet article a toutefois été interprété de manière à protéger ces droits non pas contre les conséquences de tous les délais, mais seulement contre les conséquences d'un délai résultant d'une inculpation formelle. En l'absence d'une telle inculpation, des conséquences analogues découlant d'autres aspects de l'activité gouvernementale dans le processus criminel ne déclenchent pas la protection garantie par cette disposition. Par conséquent, dans l'arrêt *Kalanj*, précité, notre Cour était saisie d'une situation où les accusés avaient été arrêtés après une longue enquête. Le jour de leur arrestation, les accusés ont été soumis à la prise des empreintes digitales et remis en liberté; on les a toutefois informés qu'ils

issue. More than eight months later charges were laid. This Court was invited to hold that, because of the involvement of the interests that underlie s. 11(b), it should extend to the pre-charge delay. The invasion of the interests protected by s. 11 in the broad sense could certainly be equated to the consequences of a charge. The stigma and anxiety resulting from arrest and fingerprinting would exceed the consequences flowing from laying of a charge followed by a summons. The restraint on liberty was the equivalent to that which occurs when a charge is laid and the accused is released on bail. The pre-trial delay has the same effect on the freshness of the evidence as post-charge delay. Nonetheless, this Court held that the accused were not persons charged until a formal charge was laid and that s. 11(b) did not apply. This judgment has been applied to rule out review of pre-charge delay unless the accused can establish a breach under s. 7. See *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091.

It follows from *Kalanj* that s. 11(b) does not apply unless the restriction of the interests which the subsection protects results from an actual charge. Circumstances which produce the same consequences do not qualify for the protection of this provision unless those consequences proceed from a formal charge. The question which is in issue in this appeal is whether the consequences of delay resulting from an appeal from acquittal or conviction are distinguishable from pre-charge delay and can be attributed to the existence of a formal charge.

Clearly, during the period after an acquittal and the service of a notice of appeal, the person acquitted is not a person charged. No proceeding is on foot which seeks to charge the person acquitted. Upon the appeal's being filed there is a possibility,

ne devaient pas quitter la ville, que des accusations seraient portées contre eux et qu'ils seraient assignés à comparaître. Les accusations ont été portées plus de huit mois plus tard. Notre Cour était invitée à statuer que l'al. 11b) devrait s'appliquer au délai antérieur à l'accusation en raison des droits qui le sous-tendent. On pourrait certainement assimiler l'atteinte aux droits garantis par l'art. 11 au sens large aux conséquences du dépôt d'une accusation. L'opprobre et l'angoisse découlant de l'arrestation et de la prise des empreintes digitales seraient plus importantes que les conséquences du dépôt d'une accusation suivie d'une assignation à comparaître. La restriction de la liberté était analogue à celle qui se produit lorsqu'une accusation est portée et que l'accusé est libéré sous caution. Le délai antérieur au procès a le même effet sur le caractère nouveau de la preuve que le délai postérieur au dépôt d'une accusation. Notre Cour a néanmoins statué que les accusés n'étaient pas inculpés tant qu'une accusation officielle n'avait pas été déposée, et que l'al. 11b) ne s'appliquait pas. Cet arrêt a été appliqué pour écarter l'examen du délai antérieur au dépôt d'une accusation à moins que l'accusé ne puisse établir qu'il y a eu violation de l'art. 7. Voir l'arrêt *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091.

Il s'ensuit de l'arrêt *Kalanj* que l'al. 11b) ne s'applique pas à moins que la restriction des droits que cet alinéa protège découle d'une accusation réelle. Les circonstances qui engendrent les mêmes conséquences ne peuvent faire l'objet de la protection de cette disposition à moins que ces conséquences ne découlent du dépôt d'une accusation officielle. La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l'on peut établir une distinction entre les conséquences du délai résultant d'un appel interjeté contre un acquittement ou une déclaration de culpabilité et le délai antérieur à l'accusation, et si elles sont imputables à l'existence d'une accusation officielle.

Évidemment, pendant la période qui suit un acquittement et la signification d'un avis d'appel, la personne acquittée n'est pas inculpée. Aucune procédure visant à inculper la personne acquittée n'est en branle. Une fois l'appel interjeté, il existe

the strength of which will vary with each case, that the acquittal will be set aside and the charge will be revived. The plight of the acquitted person is that of one against whom governmental action is directed which may result in a charge. In this respect the former accused is like the suspect against whom an investigation has been completed and charges are contemplated awaiting a decision by the prosecutor. Indeed the acquitted accused is somewhat more removed from the prospect of being subject to a charge than the suspect. In the former case, no charge can be revived until the acquittal is set aside by reason of an error of law that a court determines with a reasonable degree of certainty affected the decision at trial. In the latter case, all that stands between the suspect and a charge is the *ex parte* decision of the prosecutor. It would be incongruous to extend protection to the acquitted accused pending appeal and not to the suspect awaiting a charge who knows he or she is awaiting the decision of the prosecutor.

There is even less reason to extend the protection of s. 11(b) to a convicted person who appeals. The appeal itself is not governmental action. In *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, Stevenson J. stated for the Court, at pp. 864-65:

We are reviewing the decision that was made on November 1, 1988. The delay after that motion was granted is appellate delay. The bulk of that delay is attributable to the appellant's decision to pursue appeals. The appellant invoked the processes of which it now complains and must accept the burdens inherent in full appellate review. There is no evidence or argument to support a finding that some extraordinary factor lengthened that review process.

The delay due to some extraordinary factor referred to by Stevenson J. would not be attributed to the fact that the accused was a person charged but rather to the conviction. A convicted person is not a person charged. See *Lyons, supra*, at p. 353. The effect of such an extraordinary factor would

une possibilité, plus ou moins forte selon le cas, que l'acquiescement soit annulé et que l'accusation soit rétablie. La personne acquittée se trouve dans la même situation critique que celle visée par un acte gouvernemental susceptible d'entraîner le dépôt d'une accusation. À cet égard, l'ancien accusé est comme le suspect qui a fait l'objet d'une enquête et au sujet duquel des accusations sont envisagées en attendant que la poursuite prenne une décision. En fait, l'accusé acquitté est moins susceptible que le suspect de faire l'objet d'une accusation. Dans le premier cas, aucune accusation ne peut être rétablie tant que l'acquiescement n'est pas annulé en raison d'une erreur de droit qui, d'après ce que la cour détermine avec une certitude raisonnable, a influé sur la décision rendue au procès. Dans le deuxième cas, le seul obstacle entre le suspect et le dépôt d'une accusation est la décision *ex parte* de la poursuite. Il serait absurde d'accorder une protection pendant la période d'appel à l'accusé qui a été acquitté et non au suspect qui attend le dépôt d'une accusation qui, il le sait, ne dépend que de la décision de la poursuite.

Il y a encore moins de raisons d'accorder la protection de l'al. 11b) à la personne reconnue coupable qui interjette appel. L'appel n'est pas en soi un acte gouvernemental. Dans l'arrêt *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, le juge Stevenson a déclaré au nom de la Cour, aux pp. 864 et 865:

Nous examinons la décision qui a été rendue le 1^{er} novembre 1988. Après cette date, le délai est attribuable à la procédure d'appel et, en grande partie, à la décision de l'appelante d'interjeter appel. C'est l'appelante qui a engagé les procédures dont elle se plaint maintenant et elle doit accepter les inconvénients inhérents à un examen complet par les tribunaux d'appel. Aucun élément de preuve n'a été produit ni aucun argument avancé à l'appui de l'existence de quelque circonstance extraordinaire ayant prolongé ce processus d'examen.

Le délai imputable à quelque circonstance extraordinaire dont parle le juge Stevenson serait attribué non pas au fait que l'accusé est inculpé, mais plutôt à la déclaration de culpabilité. Une personne reconnue coupable d'une infraction n'est pas un inculpé. Voir l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 353.

fall to be assessed under s. 7 in light of its impact on the fairness of the proceedings.

This discussion has focused on the interpretation of the words “[a]ny person charged” in s. 11(b) in the context of the purpose of the subsection. The conclusion that those words limit the operation of the subsection to the trial process is supported by the use of the word “tried”. It would seem that if it was intended that the subsection apply not only to the trial but also to final adjudication, more apt wording would have been employed. This is illustrated by the decision of the European Court of Human Rights, *Wemhoff* case, judgment of 27 June 1968, Series A No. 7. The court dealt with two sections of the Convention: s. 5(3) and s. 6(1). The former provided that “[e]veryone . . . shall be entitled to trial within a reasonable time. . .” while the latter provided that “[i]n the determination . . . of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing . . .”. The court held that the former section extended only to the trial while the latter extended to the final determination even if this was on appeal. No doubt this language was before the framers of the *Charter*, and the selection of the more limiting term is significant.

This does not mean that when there is an adjudication relating to a charge which is appealed, s. 11(b) is spent. If on the appeal the judgment is set aside and the matter is remitted for trial, the accused reverts to the status of a person charged. As stated by D. H. Doherty (now a justice of the Court of Appeal for Ontario) in “More Flesh on the Bones: The Continued Judicial Interpretation of s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1984), Canadian Bar Association—Ontario; Annual Institute on Continuing Legal Education, at p. 9:

Section 11(b) does not appear to operate at the appellate stage. Section 11(b) guarantees a trial within a reasonable time, not a final determination of the matter at an appellate level within that time. If, however, a new trial

L’effet d’une telle circonstance extraordinaire devrait, selon l’art. 7, être apprécié en fonction de ses répercussions sur l’équité des procédures.

Notre analyse a été axée sur l’interprétation de l’expression «[t]out inculpé» de l’al. 11b), en fonction de l’objet de cet alinéa. L’utilisation du terme «jugé» étaye la conclusion que cette expression limite l’application de l’alinéa au procès. Il semblerait que, si on avait voulu que cet alinéa s’applique non seulement au procès mais encore à la décision finale, on aurait eu recours à une formulation plus appropriée. C’est ce qu’illustre la décision de la Cour européenne des droits de l’homme dans l’affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7. La cour y a examiné deux dispositions de la Convention: les par. 5(3) et 6(1). Le premier paragraphe prévoyait que «[t]oute personne [. . .] a le droit d’être jugée dans un délai raisonnable . . .», tandis que le deuxième prévoyait que «[t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement [. . .] par un tribunal [. . .] qui décidera [. . .] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle». La cour a statué que le premier paragraphe s’appliquait uniquement au procès alors que le deuxième visait également la décision finale même si celle-ci avait été portée en appel. Il ne fait aucun doute que les rédacteurs de la *Charte* connaissaient ces textes et le choix de termes plus restrictifs est révélateur.

Cela ne signifie pas que l’al. 11b) ne peut plus être invoqué lorsqu’un appel est interjeté contre une décision portant sur une accusation. En effet, si le jugement est annulé en appel et si l’affaire est renvoyée pour la tenue d’un procès, l’accusé redevient un inculpé. Comme l’a affirmé D. H. Doherty (maintenant juge à la Cour d’appel de l’Ontario) dans «More Flesh on the Bones: The Continued Judicial Interpretation of s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), Association du Barreau canadien—Ontario; Annual Institute on Continuing Legal Education, à la p. 9:

[TRADUCTION] L’alinéa 11b) ne semble pas s’appliquer au stade de l’appel. Il garantit qu’un procès sera tenu dans un délai raisonnable, mais non qu’une décision finale sera rendue en appel dans ce même délai. Toute-

is ordered on appeal, or some other order is made directing the continuation of the trial proceedings, the constitutional clock should be rewound at the time of the order by the appellate court.

A similar conclusion was reached by the Supreme Court of the United States. In *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), it was argued that the speedy trial guarantee in the 6th Amendment applied to an appeal by the government from a dismissal of charges prior to a trial on the merits by reason of excessive delay in prosecuting the charges. The court stated, at pp. 311-12:

During much of the litigation, respondents were neither under indictment nor subject to bail. Further judicial proceedings would have been necessary to subject respondents to any actual restraints As we stated in *MacDonald*: "(W)ith no charges outstanding, personal liberty is certainly not impaired to the same degree as it is after arrest while charges are pending. After the charges against him have been dismissed, 'a citizen suffers no restraints on his liberty and is (no longer) the subject of public accusation: his situation does not compare with that of a defendant who has been arrested and held to answer'." . . .

Respondents argue that the speedy trial guarantee should apply to this period because the Government's desire to prosecute them was a matter of public record. Public suspicion, however, is not sufficient to justify the delay in favor of a defendant's speedy trial claim. We find that after the District Court dismissed the indictment against respondents and after respondents were freed without restraint, they were "in the same position as any other subject of a criminal investigation" The Speedy Trial Clause does not purport to protect a defendant from all effects flowing from a delay before trial. The Clause does not, for example, limit the length of a preindictment criminal investigation even though "the (suspect's) knowledge of an ongoing criminal investigation will cause stress, discomfort, and perhaps a certain disruption in normal life." [Emphasis added.]

fois, lorsqu'un nouveau procès est ordonné en appel ou si quelque autre ordonnance enjoint de poursuivre le procès, le délai prévu par la Constitution devrait recommencer à courir au moment où le tribunal d'appel rend son ordonnance.

La Cour suprême des États-Unis est arrivée à une conclusion analogue. Dans l'arrêt *United States c. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), on alléguait que la garantie d'un procès rapide au Sixième amendement s'appliquait à un appel interjeté par le gouvernement contre le rejet d'accusations avant la tenue d'un procès sur le fond en raison du trop long délai qui s'était écoulé avant que les poursuites ne soient engagées. La cour affirme, aux pp. 311 et 312:

[TRADUCTION] Pendant une grande partie du litige, les intimés n'ont fait l'objet d'aucun acte d'accusation et n'ont pas dû fournir de cautionnement. Il aurait fallu engager d'autres procédures judiciaires pour les soumettre à quelque restriction que ce soit [. . .] Comme nous l'avons dit dans l'arrêt *MacDonald*: «(Q)uand aucune accusation n'est pendante, l'atteinte à la liberté individuelle n'est certainement pas la même que lorsqu'une personne a été arrêtée et qu'on attend le dépôt d'accusations. Une fois que les accusations portées contre lui sont rejetées, le «citoyen ne se voit imposer aucune restriction à sa liberté et il (ne fait plus) l'objet d'une accusation publique: sa situation ne se compare pas à celle d'un défendeur qui a été arrêté et détenu pour répondre à des accusations» . . .

Les intimés soutiennent que la garantie d'un procès rapide devrait s'appliquer à cette période parce que la volonté du gouvernement de les poursuivre était connue du public. Toutefois, les soupçons du public ne suffisent pas pour justifier le délai au profit d'une demande de procès rapide présentée par un défendeur. Nous estimons qu'après que la Cour de district eut rejeté l'acte d'accusation contre les intimés et que ces derniers eurent été libérés sans condition, ils étaient «dans la même situation que toute autre personne faisant l'objet d'une enquête criminelle» [. . .] La clause prévoyant la tenue d'un procès rapide n'a pas pour objet de protéger un défendeur contre toutes les conséquences d'un délai écoulé avant le procès. Par exemple, elle ne limite pas la durée d'une enquête criminelle antérieure à la mise en accusation même si «la connaissance (par le suspect) qu'une enquête criminelle en cours causera un stress, un malaise et peut-être une certaine perturbation de la vie normale». [Je souligne].

The American courts do not appear to resort to judicial stays but rather dismiss the charges with or without prejudice. The former is the equivalent to a judicial stay and the charges cannot be relaid unless the order dismissing charges is overturned on appeal. The latter allows the charges to be relaid without further judicial action. While the speedy trial provisions of the 6th Amendment apply to appeals from interlocutory orders which do not dismiss the charges, the remedy for appellate delay when charges are dismissed with prejudice lies in the due process guarantee in the 14th Amendment. See: *Simmons v. Reynolds*, 898 F.2d 865 (2nd Cir. 1990), at p. 868; *United States v. Antoine*, 906 F.2d 1379 (9th Cir. 1990), at p. 1382; *United States v. Kimmons*, 917 F.2d 1011 (7th Cir. 1990), at pp. 1013-15; *Burkett v. Cunningham*, 826 F.2d 1208 (3rd Cir. 1987), at p. 1221; *DeLancy v. Caldwell*, 741 F.2d 1246 (10th Cir. 1984), at p. 1248; *United States v. Johnson*, 732 F.2d 379 (4th Cir. 1984), at pp. 381-83; *United States v. Pratt*, 645 F.2d 89 (1st Cir. 1981); *Rheuark v. Shaw*, 628 F.2d 297 (5th Cir. 1980), at pp. 300-4 *certiorari* denied 450 U.S. 931 (1981); *Roque v. Puerto Rico*, 558 F.2d 606 (1st Cir. 1976); *People v. Cousart*, 444 N.E.2d 971 (N.Y. 1982).

The conclusion I have reached applies to appeals from acquittals and convictions. Furthermore, I see no valid reason to distinguish between an acquittal on the merits and a judicial stay. In light of the interest protected under s. 11(b), the differences between an acquittal and a judicial stay are purely technical. In both cases the accused can plead *autrefois acquit* and no proceedings may be brought in respect of the same charge unless the acquittal or stay is set aside on appeal. No restraints can be placed on the liberty of the former accused pending appeal. There is no basis on which to assume that the theoretical existence of a charge that has been stayed carries any greater

Les tribunaux américains semblent recourir non pas à l'arrêt des procédures, mais plutôt au rejet des accusations final ou sous toutes réserves («*dismissal with or without prejudice*»). Le rejet final des accusations («*dismissal with prejudice*») est analogue à un arrêt des procédures et les accusations ne peuvent être portées de nouveau que si l'ordonnance les rejetant est annulée en appel. Le rejet des accusations sous toutes réserves («*dismissal without prejudice*») permet de porter de nouveau les accusations sans tenter une autre action. Alors que la garantie d'un procès rapide au Sixième amendement s'applique aux appels interjetés contre des ordonnances interlocutoires qui ne rejettent pas les accusations, la réparation relative aux délais d'appel, en cas de rejet final des accusations, réside dans la garantie de procédure équitable prévue au Quatorzième amendement. Voir: *Simmons c. Reynolds*, 898 F.2d 865 (2nd Cir. 1990), à la p. 868; *United States c. Antoine*, 906 F.2d 1379 (9th Cir. 1990), à la p. 1382; *United States c. Kimmons*, 917 F.2d 1011 (7th Cir. 1990), aux pp. 1013 à 1015; *Burkett c. Cunningham*, 826 F.2d 1208 (3rd Cir. 1987), à la p. 1221; *DeLancy c. Caldwell*, 741 F.2d 1246 (10th Cir. 1984), à la p. 1248; *United States c. Johnson*, 732 F.2d 379 (4th Cir. 1984), aux pp. 381 à 383; *United States c. Pratt*, 645 F.2d 89 (1st Cir. 1981); *Rheuark c. Shaw*, 628 F.2d 297 (5th Cir. 1980), aux pp. 300 à 304, *certiorari* refusé 450 U.S. 931 (1981); *Roque c. Puerto Rico*, 558 F.2d 606 (1st Cir. 1976); *People c. Cousart*, 444 N.E.2d 971 (N.Y. 1982).

Ma conclusion s'applique tant aux appels interjetés contre des acquittements qu'à ceux interjetés contre des déclarations de culpabilité. De plus, je ne vois aucun motif valable de faire une distinction entre un acquittement sur le fond et un arrêt des procédures. Compte tenu du droit garanti par l'al. 11b), les différences entre un acquittement et un arrêt des procédures sont purement techniques. Dans les deux cas, l'accusé peut invoquer le moyen de défense d'autrefois acquit et aucune procédure ne peut être engagée à l'égard de la même accusation à moins que l'acquittement ou l'arrêt des procédures ne soit annulé en appel. En attendant l'appel, la liberté de l'ancien accusé ne peut

stigma or causes greater anxiety to the respondent in an appeal from a judicial stay than an appeal from acquittal. Certainly there is no evidence on this point. I doubt that the public understands the difference. An unpopular acquittal generates as much public indignation as a stay. The degree of anxiety is dictated more by the strength of the grounds of appeal than by the form of the verdict. These observations were neatly summed up by Estey J. in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, at p. 457:

While the charge may be said to hang over the head of the accused, this is a wholly theoretical observation because there is no forum for its further processing.

The Application of Section 7

This conclusion does not leave the criminal appellant or respondent without a remedy when delay of appeal proceedings affects the fairness of the trial. While s. 11(b) does not apply, s. 7 may in appropriate circumstances afford a remedy. In *R. v. L. (W.K.)*, *supra*, this Court held that, in respect of pre-charge delay, if the particular circumstances of the case indicated that the fairness of the trial had been affected by the delay, s. 7 can be resorted to. This is simply the application to delay of the court's power to remedy an abuse of process which is enshrined in s. 7 as a principle of fundamental justice. The general principle was expressed in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37. Dickson C.J. adopted the following passage from the judgment of Dubin J.A. (as he then was) in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289, at p. 329:

... there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings.

faire l'objet d'aucune restriction. Rien ne permet de présumer que l'existence théorique d'une accusation suspendue crée un opprobre plus grand pour l'intimé ou lui cause plus d'angoisse dans un appel interjeté contre un arrêt des procédures que dans un appel interjeté contre un acquittement. Il n'y a certes aucune preuve sur ce point. Je doute que le public saisisse la différence. Un acquittement impopulaire suscite autant d'indignation au sein du public qu'un arrêt des procédures. Le degré d'angoisse dépend davantage de la force des moyens d'appel que du verdict prononcé. Le juge Estey a bien résumé ces observations dans l'arrêt *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, à la p. 457:

Bien qu'on puisse dire que l'accusation pèse encore sur l'accusé, c'est une observation purement théorique puisqu'elle ne peut être poursuivie devant aucune cour.

L'application de l'article 7

Cette conclusion ne prive pas l'appelant ou l'intimé, dans une affaire criminelle, de tout recours lorsque le délai écoulé pendant les procédures d'appel a une incidence sur l'équité du procès. Quoique l'al. 11b) ne s'applique pas, l'art. 7 peut, dans certains cas appropriés, offrir une réparation. Dans l'arrêt *R. c. L. (W.K.)*, précité, notre Cour a statué qu'en ce qui concerne le délai antérieur à l'accusation, il est possible de recourir à l'art. 7 si les circonstances particulières de l'affaire indiquent que le délai a eu une incidence sur l'équité du procès. Il s'agit là simplement de l'application au délai du pouvoir de la cour de remédier à un abus de procédure, qui est consacré comme principe de justice fondamentale à l'art. 7. Le principe général applicable a été énoncé dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pp. 136 et 137. Le juge en chef Dickson a fait sien l'extrait suivant de la décision du juge Dubin (maintenant Juge en chef de l'Ontario) dans l'arrêt *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289, à la p. 329:

[TRADUCTION] ... le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire.

This test has been reaffirmed in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657.

In addition to s. 7, the criminal appeal rules and provisions of the *Criminal Code* afford a litigant in a criminal appeal a range of remedies at virtually every stage of the appellate proceeding. This enables a party interested in a timely disposition of the appeal to eliminate any substantial delay on the part of the adversary. As for systemic delay, resort can be had to s. 7 in the cases in which real prejudice is occasioned.

This raises the issue of the appropriate forum for a remedy pursuant to s. 7 with respect to appellate delay. In *R. v. Gallagher*, [1993] 2 S.C.R. 861, counsel for the respondent submitted that an appellate court should not decide matters of first instance which may require factual determinations. While neither solution is perfect I am of the opinion that the appropriate forum is the court in which the delay occurred. That court is in the best position to assess the consequences of delay. Moreover, this approach avoids the necessity of a referral back of the issue to a trial court whenever a serious case of delay is made out. In addition, it avoids the awkwardness inherent in a lower court's passing upon proceedings in a higher court which the latter must then review. While, generally matters of first instance are not decided in an appellate court the nature of the issues and the material in support would not be radically different from the issues and material in other motions which an appellate court is called upon to decide. If a further appeal lies from the first appellate court, the issue of delay can be reviewed in the second appellate court along with the consequences of additional delay resulting from the second appeal. As with other issues in appeal, this Court does not favour issues being raised for the first time in an appeal to this Court.

Ce critère a été énoncé de nouveau dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657.

Outre l'art. 7, les règles d'appel en matière criminelle et les dispositions du *Code criminel* offrent à une partie à un appel, dans une affaire criminelle, divers recours à presque toutes les étapes du processus d'appel. Cela permet à la partie intéressée à ce qu'un appel soit tranché promptement d'éliminer tout délai important de la part de la partie adverse. Quant au délai systémique, il est possible de recourir à l'art. 7 dans les cas où un préjudice réel est causé.

Cela soulève la question du tribunal approprié pour entendre une demande de réparation fondée sur l'art. 7 relativement au délai d'appel. Dans l'arrêt *R. c. Gallagher*, [1993] 2 R.C.S. 861, l'avocat de l'intimée a soutenu qu'une cour d'appel ne devrait pas trancher des questions de première instance qui peuvent nécessiter des conclusions de fait. Certes, aucune solution n'est parfaite, mais je suis d'avis que le tribunal approprié est celui où le délai est survenu. C'est ce tribunal qui est le mieux placé pour évaluer les conséquences du délai. En outre, cette façon de faire évite d'avoir à renvoyer la question à un tribunal de première instance chaque fois qu'il est déterminé qu'il y a eu un délai grave. Elle évite aussi la situation embarrassante qu'entraînerait inévitablement le fait pour une instance inférieure de commenter les procédures d'une instance supérieure, qui doit, à son tour, les réviser. Bien qu'en règle générale les affaires de première instance ne soient pas tranchées en cour d'appel, la nature des questions et de la documentation à l'appui ne serait pas radicalement différente de celle des questions et de la documentation des autres requêtes dont une cour d'appel est saisie. Si un autre appel peut être interjeté contre la décision du premier tribunal d'appel, la question du délai peut être examinée par le deuxième tribunal d'appel en même temps que les conséquences de ce délai additionnel causé par le deuxième appel. Comme c'est le cas des autres questions portées en appel, notre Cour ne croit pas que des questions litigieuses devraient être soulevées pour la première fois lors d'un pourvoi formé devant elle.

Application to this Case

No evidence was offered nor was any attempt made in this appeal to show that any real prejudice resulted from the appellate delay. Counsel for the appellant quite properly conceded that no breach of s. 7 could be made out and I find none. The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

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

Application à la présente affaire

Lors du présent pourvoi, on n'a fourni aucune preuve ni tenté de démontrer que le délai d'appel a causé un préjudice réel. L'avocat de l'appelant a admis tout à fait à juste titre qu'il n'était pas possible d'établir l'existence d'une violation de l'art. 7 et je n'en constate aucune. Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

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

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

Albert Raymond Roy Brown *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BROWN

File No.: 23103.

1993: June 18; 1993: August 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to remain silent — Trial judge admitting into evidence tape recorded conversations between accused and undercover police officer — Accused arguing on appeal that evidence should have been excluded in light of Supreme Court of Canada decision rendered after trial — Whether accused's rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms violated.

The accused was convicted of first degree murder. The trial judge admitted in evidence tape recorded conversations between the accused and an undercover police officer. The accused did not object to the admission of this evidence at trial, but on appeal argued that the conversations should have been excluded as they were obtained in violation of his right to remain silent under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Hebert*, in which it was held that a statement elicited from an accused by an undercover officer violated s. 7 of the *Charter*, was not released until shortly after the trial verdict. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the accused's appeal.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: A new trial should be ordered solely on the ground of the alleged violation of the accused's rights under s. 7 of the *Charter*. The Crown and the accused will have the right to lead evidence on the issue of whether or not the accused knew that his interrogations were being conducted by police officers such that he waived his right to silence.

Albert Raymond Roy Brown *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BROWN

N^o du greffe: 23103.

^b

1993: 18 juin; 1993: 12 août.

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

^c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Admission par le juge du procès des conversations enregistrées entre l'accusé et un agent de police banalisé — Prétention de l'accusé en appel que la preuve aurait dû être écartée compte tenu d'un arrêt de la Cour suprême du Canada postérieur au procès — Y a-t-il eu violation des droits que l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés garantissait à l'accusé?

L'accusé a été reconnu coupable de meurtre au premier degré. Le juge du procès a admis en preuve les conversations enregistrées entre l'accusé et un agent de police banalisé. L'accusé, qui ne s'est pas opposé à l'utilisation de ces éléments de preuve au procès, a toutefois soutenu en appel que les conversations auraient dû être écartées du fait qu'elles avaient été obtenues en violation du droit au silence que lui garantissait la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'arrêt *R. c. Hebert*, dans lequel la Cour suprême du Canada a statué qu'une déclaration arrachée à un accusé par un agent de police banalisé violait l'art. 7 de la *Charte*, n'a été rendu que peu après le prononcé du verdict au procès. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès uniquement en ce qui concerne la prétendue violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte*. Le ministère public et l'accusé auront le droit de produire une preuve visant à déterminer si ce dernier savait que ses interrogatoires étaient menés par des policiers, de telle sorte qu'il a renoncé à son droit au silence.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Courts have long frowned on the practice of raising new arguments on appeal. Only in those exceptional cases where balancing the interests of justice to all parties leads to the conclusion that an injustice has been done should courts permit new grounds to be raised on appeal. Appeals on questions of law alone are more likely to be received, as ordinarily they do not require further findings of fact. Three prerequisites must be satisfied in order to permit the raising of a new issue, including a *Charter* challenge, for the first time on appeal: first, there must be a sufficient evidentiary record to resolve the issue; second, it must not be an instance in which the accused for tactical reasons failed to raise the issue at trial; and third, the court must be satisfied that no miscarriage of justice will result. In this case there has been no change in the substantive offence, the issue was not raised at trial, with the result that the record necessary for appellate review of the issue is unavailable, and there has been no denial of justice to the accused. The Court of Appeal therefore properly concluded that no appeal on this new issue should be entertained.

Even if the accused were permitted to raise the issue of a violation of his right to silence, no violation could be established on the evidence adduced at trial in this case. Nor would admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute, while its exclusion would do so. The evidence sought to be excluded was not central to the verdict, and was equivocal. Evidence gathered by the police in good faith in complete conformity with acceptable investigative practices as the law stood at the time should not be open to attack after the trial process is over. Finally, the accused fully waived his right to silence under s. 7 by signing admissions that the evidence was admissible.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Hebert, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Perka v. The*

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les tribunaux ont longtemps désapprouvé la pratique de la présentation de nouveaux arguments en appel. C'est seulement dans les cas exceptionnels où l'évaluation des intérêts de la justice pour toutes les parties amène à conclure qu'une injustice a été commise que les tribunaux devraient permettre de soulever de nouveaux moyens en appel. Les appels sur des questions de droit seulement sont plus susceptibles d'être autorisés, car ordinairement ils n'exigent pas de conclusions de fait supplémentaires. Trois conditions préalables doivent être remplies pour que soit permise la présentation, pour la première fois en appel, d'une nouvelle question, y compris une contestation fondée sur la *Charte*: premièrement, la preuve doit être suffisante pour trancher la question, deuxièmement, il ne doit pas s'agir d'un cas où l'accusé n'a pas, pour des motifs de stratégie, soulevé la question au procès, et troisièmement, la cour doit être convaincue qu'il ne résultera aucun déni de justice. En l'espèce, il n'y a eu aucune modification de l'infraction matérielle précise, la question n'a pas été soulevée au procès, de sorte qu'on ne dispose pas du dossier nécessaire pour examiner la question en appel, et l'accusé n'a subi aucun déni de justice. La Cour d'appel a donc eu raison de conclure que cette nouvelle question ne devrait pas faire l'objet de l'appel.

Même si l'accusé était autorisé à soulever la question de la violation de son droit au silence, les éléments de preuve produits au procès en l'espèce ne permettraient pas d'établir l'existence d'une violation. De même, leur utilisation ne déconsidérerait pas l'administration de la justice, alors que leur exclusion le ferait. Les éléments de preuve que l'on cherche à écarter n'étaient pas essentiels au verdict et ils étaient équivoques. Les éléments de preuve que les policiers ont recueillis de bonne foi et en parfaite conformité avec les pratiques d'enquête acceptables selon l'état du droit à l'époque ne devraient pas prêter le flanc à la contestation après que le procès a pris fin. Enfin, l'accusé a renoncé complètement au droit de garder le silence que lui garantissait l'art. 7, en signant des aveux que les éléments de preuve étaient admissibles.

Jurisprudence

i Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *Brown c. Dean*, [1910] A.C. 373; *Perka c. La Reine*,

Queen, [1984] 2 S.C.R. 232; *Brecht v. Abrahamson*, 113 S.Ct. 1710 (1993); *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391.

[1984] 2 R.C.S. 232; *Brecht c. Abrahamson*, 113 S.Ct. 1710 (1993); *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 73 C.C.C. (3d) 481, 127 A.R. 89, 20 W.A.C. 89, affirming the accused's conviction by Holmes J. on a charge of first degree murder. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Alexander D. Pringle, Q.C., for the appellant.

Peter Martin, Q.C., for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J.—I am of the opinion that this appeal should be allowed for substantially the reasons given by Harradence J.A. in the Alberta Court of Appeal (1992), 73 C.C.C. (3d) 481, solely on the ground of the alleged violation of the appellant's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Consequently, a new trial should be ordered with the result that I refrain from commenting further on the other questions involved in this case. However, in the new trial, the Crown and the appellant shall have the right to lead evidence going to the issue of whether or not the appellant knew that his interrogations were being conducted by police officers such that he waived his right to silence.

The appellant submitted that the trial judge erred in treating as inculpatory his silence or noncommittal responses to certain accusatory statements by Joan Brown. I am satisfied that the trial judge refrained from relying on such evidence in coming to his conclusion.

^a Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 73 C.C.C. (3d) 481, 127 A.R. 89, 20 W.A.C. 89, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé prononcée par le juge Holmes relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Alexander D. Pringle, c.r., pour l'appellant.

^d *Peter Martin, c.r.*, pour l'intimée.

^e Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Je suis d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi en grande partie pour les motifs que le juge Harradence de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 73 C.C.C. (3d) 481, a exposés uniquement en ce qui concerne la prétendue violation des droits garantis à l'appellant par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, puisqu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, je m'abstiens de m'exprimer davantage sur les autres questions soulevées dans la présente affaire. Toutefois, au nouveau procès, le ministère public et l'appellant auront le droit de produire une preuve visant à déterminer si l'appellant savait que ses interrogatoires étaient menés par des policiers, de telle sorte qu'il a renoncé à son droit au silence.

ⁱ L'appellant a soutenu que le juge du procès a commis une erreur en considérant comme inculpatrices son silence ou ses réponses évasives à certaines déclarations accusatrices de Joan Brown. Je suis convaincu que le juge du procès ne s'est pas appuyé sur une telle preuve pour tirer sa conclusion.

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal, set aside the conviction of first degree murder, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—The appellant in this case was charged and convicted of first degree murder in connection with the death of one Kindrachuk. He now seeks to overturn this conviction on the basis that taped conversations made by an undercover policeman subsequent to his arrest should have been excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as they were obtained in violation of his right to silence under s. 7 of the *Charter*.

At trial, the issue of the admissibility of this evidence was raised by the trial judge. The appellant agreed that all of the evidence, which he now impugns, should be admissible and signed a statement which included the following admissions:

All statements made by [the appellant] to persons in authority were freely and voluntarily made and conform with and satisfy the legal rights and obligations contained in the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

. . .

All conversations recorded between [the appellant] and Constable Harvey JONES are accurate recordings of those conversations; were made freely and voluntarily to an undercover police officer; and satisfy the provisions of S. 184(2)(a) & (b) of the Criminal Code R.S.C. 1985, Chap. C-46 and *Duarte v. The Queen* 53 C.C.C. (3d).

The defence at that time viewed the tapes as largely exculpatory and, as part of its trial strategy, utilized them as evidence that the accused had not killed the deceased. The appellant was nonetheless found guilty and sentenced to 25 years' imprisonment.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, d'annuler la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—L'appelant, dans la présente affaire, a été accusé et reconnu coupable de meurtre au premier degré d'un certain Kindrachuk. Il tente maintenant de faire infirmer cette déclaration de culpabilité pour le motif que des conversations enregistrées par un agent de police banalisé, à la suite de son arrestation, auraient dû être écartées en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, du fait qu'elles ont été obtenues en violation du droit au silence que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

À l'audience, le juge du procès a soulevé la question de l'admissibilité de ces éléments de preuve. L'appelant a convenu que tous les éléments de preuve, qu'il conteste maintenant, étaient admissibles et il a signé une déclaration contenant les aveux suivants:

[TRADUCTION] Toutes les déclarations faites [par l'appelant] à des personnes en situation d'autorité étaient libres et volontaires ainsi que conformes aux garanties juridiques et aux obligations contenues dans la Charte canadienne des droits et libertés.

g

. . .

Toutes les conversations enregistrées entre [l'appelant] et l'agent Harvey JONES sont des reproductions exactes de ces conversations, elles ont été tenues librement et volontairement avec un agent de police banalisé, et elles sont conformes aux dispositions des al. 184(2)a) et b) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, et à l'arrêt *Duarte c. La Reine*, 53 C.C.C. (3d).

À cette époque, la défense considérait les enregistrements comme amplement disculpatoires et, dans le cadre de la stratégie qu'elle a adoptée au procès, elle les a utilisés pour prouver que l'accusé n'avait pas tué la victime. L'appelant a, néanmoins, été reconnu coupable et condamné à une peine de 25 ans d'emprisonnement.

Shortly after the trial, this Court released its decision in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, in which it was held that a statement elicited from an accused by an undercover officer after arrest violates the accused's right to silence under s. 7 of the *Charter*. On appeal, the appellant argued that the evidence should have been excluded, despite his initial agreement that it was admissible. Two grounds were advanced in support. First, the appellant contended that it did not object to the statements because their admission was inevitable based on the law as it stood at the time of trial. Second, defence counsel viewed the statements as exculpatory, as the accused did not admit at any point in the conversations that he killed Kindrachuk. The Court of Appeal dismissed the appeal, Harradence J.A. dissenting (1992), 73 C.C.C. (3d) 481, on the following grounds. As the issue of the appellant's right to silence had not been raised at trial, there was no evidentiary foundation to establish the presence of a *Charter* violation, specifically that the statement had been elicited by the undercover officer without the appellant's knowledge. The decision of the appellant's counsel not to object to the admissibility of the taped conversations, taken as a matter of strategy, could not be reversed on appeal. Moreover, the majority of the Court of Appeal *per* Major J.A., now of this Court, held that, unlike the case in *Hebert* or *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, the appellant waived his s. 7 rights when he signed the statements which included the admissions referred to above.

My colleagues would order a new trial on the basis of the alleged violation of the appellant's right to silence under s. 7 of the *Charter*. For substantially the reasons given by Major J.A. for the majority at the Court of Appeal, I dissent from the majority and would dismiss this appeal. In my view, the main question in this appeal is the extent to which *Charter* and other arguments which were not raised at trial may be raised on appeal. I will also address the following issues in turn: assuming that a new *Charter* issue may be entertained on appeal in this case, whether there is a sufficient

Peu après le procès, notre Cour a rendu son arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, dans lequel elle a statué qu'une déclaration qu'un agent de police banalisé arrache à un accusé après son arrestation viole le droit au silence d'un accusé, garanti par l'art. 7 de la *Charte*. En appel, l'appelant a soutenu que cette preuve aurait dû être écartée, même s'il avait d'abord convenu qu'elle était admissible, et il a avancé deux moyens à l'appui. Premièrement, l'appelant a soutenu qu'il ne s'est pas opposé à ces déclarations parce que leur admission était inévitable compte tenu de l'état du droit à l'époque du procès. Deuxièmement, l'avocat de la défense considérait que les déclarations étaient disculpatoires puisque l'accusé n'a avoué à aucun moment, lors de ces conversations, avoir tué Kindrachuk. La Cour d'appel (1992), 73 C.C.C. (3d) 481, le juge Harradence étant dissident, a rejeté l'appel pour les motifs suivants. Comme la question du droit au silence de l'appelant n'avait pas été soulevée au procès, rien dans la preuve ne venait établir qu'il y avait eu violation de la *Charte*, plus précisément que l'agent de police banalisé avait arraché la déclaration à l'insu de l'appelant. La décision que l'avocat de l'appelant avait prise, dans le cadre de sa stratégie, de ne pas s'opposer à l'admissibilité des conversations enregistrées ne pouvait pas être annulée en appel. De plus, dans des motifs rédigés par le juge Major, qui fait maintenant partie de notre Cour, la Cour d'appel à la majorité a statué que, contrairement à ce qui s'était produit dans l'arrêt *Hebert* ou *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, l'appelant a renoncé aux droits que lui garantissait l'art. 7 lorsqu'il a signé les déclarations contenant les aveux susmentionnés.

Mes collègues sont d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison de la prétendue violation du droit au silence que l'art. 7 de la *Charte* garantissait à l'appelant. Pour essentiellement les mêmes raisons que celles données par le juge Major au nom de la Cour d'appel à la majorité, je ne partage pas l'opinion des juges de la majorité et je rejeterais le pourvoi. Selon moi, il s'agit principalement de savoir, en l'espèce, dans quelle mesure les arguments fondés sur la *Charte* et les autres arguments qui n'ont pas été soulevés au procès peuvent l'être en appel. J'aborderai également

evidentiary foundation to establish a violation of the appellant's right to silence under s. 7; if so, whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

New Issues on Appeal

The appellant argues that he should have the benefit of any change in the law while he is still "in the system" as long as an evidentiary basis exists upon which to make the finding. In doing so, he relies on this Court's judgments in *R. v. Broyles*, *supra*, *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713, *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033, and *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, for the proposition that an appellate court may hear a *Charter* argument that was not raised on appeal.

Courts have long frowned on the practice of raising new arguments on appeal. The concerns are twofold: first, prejudice to the other side caused by the lack of opportunity to respond and adduce evidence at trial and second, the lack of a sufficient record upon which to make the findings of fact necessary to properly rule on the new issue: see *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373 (H.L.), and *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

In addition, the general prohibition against new arguments on appeal supports the overarching societal interest in the finality of litigation in criminal matters. Were there to be no limits on the issues that may be raised on appeal, such finality would become an illusion. Both the Crown and the defence would face uncertainty, as counsel for both sides, having discovered that the strategy adopted at trial did not result in the desired or expected verdict, devised new approaches. Costs would escalate and the resolution of criminal matters could be spread out over years in the most rou-

les questions suivantes à tour de rôle: à supposer qu'il soit possible, en l'espèce, de connaître en appel d'une nouvelle question relative à la *Charte*, y a-t-il suffisamment d'éléments de preuve pour établir qu'il y a eu violation du droit au silence que l'art. 7 garantissait à l'appellant? Dans l'affirmative, ces éléments de preuve devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

b Nouvelles questions présentées en appel

L'appellant allègue qu'il devrait profiter de toute modification apportée au droit pendant qu'il est encore «dans le système» tant et aussi longtemps qu'il existe des éléments de preuve susceptibles de justifier cette conclusion. Ce faisant, il s'appuie sur les arrêts de notre Cour *R. c. Broyles*, précité, *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713, *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033, et *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, pour affirmer qu'une cour d'appel peut considérer un argument fondé sur la *Charte* qui n'a pas été soulevé au procès.

Les tribunaux ont longtemps désapprouvé la pratique de la présentation de nouveaux arguments en appel. Leurs préoccupations sont de deux ordres: premièrement, le préjudice qu'entraîne pour l'autre partie l'impossibilité de répondre et de présenter de preuve au procès et, deuxièmement, l'absence d'un dossier suffisant pour pouvoir tirer les conclusions de fait requises pour trancher adéquatement la nouvelle question: voir *Brown c. Dean*, [1910] A.C. 373 (H.L.), et *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

En outre, de façon générale, l'interdiction de présenter de nouveaux arguments en appel vient étayer l'intérêt supérieur qu'a la société à ce que les litiges en matière criminelle soient tranchés de façon définitive. S'il n'y avait pas de limites aux questions qui peuvent être soulevées en appel, ce caractère définitif deviendrait illusoire. Le ministère public et la défense seraient plongés dans l'incertitude si les avocats des deux parties, ayant découvert que la stratégie adoptée au procès n'a pas entraîné le verdict souhaité ou escompté, concevaient de nouvelles façons de procéder. Les

tine cases. Moreover, society's expectation that criminal matters will be disposed of fairly and fully at the first instance and its respect for the administration of justice would be undermined. Juries would rightfully be uncertain if they were fulfilling an important societal function or merely wasting their time. For these reasons, courts have always adhered closely to the rule that such tactics will not be permitted.

Despite this general rule, there have been exceptional cases in which courts have entertained issues on appeal for the first time. There are three possible scenarios with regard to the raising of new issues on appeal. An appeal on a new issue may be permitted upon any subsequent change to the procedural or substantive law; denied, despite the change in the law, except in exceptional circumstances; or permitted where a law has been declared unconstitutional, that is to say where there is no longer any legal basis to the conviction.

It is apparent that, if appeals were allowed on any point of law that is reinterpreted after trial, the interests in finality and speedy administration of justice would be seriously eroded. The Crown and also defendants would face the spectre of potentially endless retrials brought about by subsequent appellate court rulings on a vast array of procedural issues which may bear on the constitutionality of criminal trials.

The costs of such an approach should not be underestimated. As Rehnquist C.J. of the United States Supreme Court recently observed, although in a different context, in *Brecht v. Abrahamson*, 113 S.Ct. 1710 (1993), at p. 1721:

Retrying defendants whose convictions are set aside also imposes significant "social costs," including the

coûts augmenteraient et le règlement des affaires criminelles pourrait prendre plusieurs années dans les cas les plus courants. De plus, cela aurait pour effet de miner l'attente qu'a la société à ce que les affaires criminelles se règlent équitablement et complètement en première instance, ainsi que le respect qu'elle a pour l'administration de la justice. Les jurés auraient raison de ne pas être certains d'avoir rempli une fonction sociale importante ou d'avoir simplement perdu leur temps. Pour ces raisons, les tribunaux ont toujours observé scrupuleusement la règle interdisant le recours à ces tactiques.

Malgré cette règle générale, il existe des cas exceptionnels où les tribunaux ont connu de certaines questions pour la première fois en appel. Trois scénarios sont possibles en ce qui concerne la présentation de nouvelles questions en appel. Un appel portant sur une nouvelle question peut être permis à la suite d'une modification ultérieure du droit en matière de procédure ou du droit positif, il peut être refusé, malgré des modifications apportées au droit, sauf dans des cas exceptionnels, ou encore, il peut être permis si une loi a été déclarée inconstitutionnelle, c'est-à-dire lorsque la déclaration de culpabilité n'a plus de fondement juridique.

Il est évident que, si on permettait que des appels soient interjetés sur tout point de droit réinterprété après le procès, l'intérêt dans le caractère définitif et la prompt administration de la justice serait gravement érodé. Le ministère public ainsi que les défendeurs feraient face à la menace de nouveaux procès susceptibles d'être interminables, suite aux décisions subséquentes de cours d'appel sur une vaste gamme de questions procédurales qui peuvent influencer sur la constitutionnalité des procès en matière criminelle.

Il ne faudrait pas sous-estimer les coûts d'une telle façon d'agir. Comme le juge en chef Rehnquist de la Cour suprême des États-Unis le faisait remarquer récemment, quoique dans un contexte différent, dans l'arrêt *Brecht c. Abrahamson*, 113 S.Ct. 1710 (1993), à la p. 1721:

[TRADUCTION] Le fait de juger de nouveau des défendeurs dont les déclarations de culpabilité ont été annu-

expenditure of additional time and resources for all the parties involved, the "erosion of memory" and "dispersion of witnesses" which accompany the passage of time and make obtaining convictions on retrial more difficult, and the frustration of "society's interest in the prompt administration of justice."

Moreover, no confidence is vested in the administration of justice when the retrial of an accused is ordered simply on the ground that the police failed to anticipate a change in the law which affects the conduct of a case. The Crown is prejudiced by evidence that has been rendered worthless in the case, often with no opportunity to successfully gather evidence again, with the result that an accused already found guilty may go free.

Apart from society's interest in preventing limitless appeals, the jurisprudence of this Court does not support the argument that new issues may be raised on appeal wherever there has been an expansion of the *Charter* rights of the accused or a change to a potentially relevant procedure. With the exception of *Broyles*, all of the cases cited by the appellant are instances in which the statutory foundation to the conviction had either been struck down or reinterpreted subsequent to the trial. In other words, the legal underpinning for the substantive offence itself had been altered or entirely removed by a ruling prior to the appeal. This is not the case here.

In *Broyles*, an accused contested the admission of a statement he made after arrest that had been monitored and obtained by police during detention, arguing a violation of his right to silence under s. 7 of the *Charter* for the first time on appeal. This Court allowed the appeal. However, it is important to note that the issue was not, in fact, new; at trial, the admission of the statement had been challenged unsuccessfully on grounds of voluntariness and the appellant also argued that a positive duty existed under s. 7 for remand centre staff

lées impose également des «coûts sociaux» importants, dont le temps et les ressources supplémentaires que sont appelées à consacrer toutes les parties concernées, la «détérioration de la mémoire» et la «dispersion des témoins» qui accompagnent l'écoulement du temps et rendent plus difficile l'obtention de déclarations de culpabilité à la suite d'un nouveau procès, et l'entrave à «l'intérêt qu'a la société dans la prompt administration de la justice.»

En outre, la confiance dans l'administration de la justice est diminuée lorsqu'un nouveau procès est ordonné pour la simple raison que les policiers n'ont pas anticipé une modification du droit de nature à influencer sur le déroulement d'une affaire. Les éléments de preuve déclarés sans valeur dans l'affaire causent un préjudice au ministère public, car souvent il n'aura pas la possibilité de rassembler de nouveau avec succès des éléments de preuve, de sorte qu'un accusé déjà reconnu coupable pourra être libéré.

Indépendamment de l'intérêt qu'a la société à ce qu'on empêche des appels illimités, la jurisprudence de notre Cour n'étaye pas l'argument selon lequel de nouvelles questions peuvent être soulevées en appel lorsqu'il y a eu élargissement des droits garantis à l'accusé par la *Charte* ou modification d'une procédure qui peut être pertinente. À l'exception de l'arrêt *Broyles*, tous les arrêts cités par l'appellant sont des affaires où le fondement législatif de la déclaration de culpabilité avait été annulé ou réinterprété à la suite du procès. En d'autres termes, le fondement juridique de l'infraction matérielle précise avait été modifié ou entièrement annulé par une décision antérieure à l'appel. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Dans l'arrêt *Broyles*, un accusé a contesté l'admission d'une déclaration qu'il avait faite après son arrestation et qui avait été interceptée et obtenue par les policiers durant sa détention, en faisant valoir, pour la première fois en appel, qu'il y avait eu violation du droit au silence que lui garantissait l'art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a accueilli le pourvoi. Toutefois, il importe de noter que la question litigieuse n'était pas nouvelle en réalité; au procès, l'admission de la déclaration avait été contestée, sans succès, pour le motif qu'elle n'était pas

to prevent the access of persons to the accused where the purpose was to allow the police to monitor a conversation. Because the issue had been canvassed before, although in a slightly different format, a complete record, including necessary findings of fact, was available to the Court. The present case does not fall into this category either.

In my view, given the jurisprudence of our Court, because of the social costs and the potential to impede the administration of justice, the general rule respecting new issues on appeal should be respected. Only in the clear instances in which, after balancing the interests of both parties, it would otherwise be unjust to the accused not to deal with the issue should courts permit argument on a new issue on appeal. The principles stated by Lambert J.A. in *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391 (C.A.), at pp. 398-99, properly frame the approach in such situations:

It is perfectly proper to raise a supplementary argument on appeal that was not raised at trial, if the supplementary argument goes to an issue or ground that was itself raised at trial. But it requires leave of the court before an altogether new and independent issue or ground can be raised on appeal that was not raised at trial.

The decision whether to grant leave is a matter for the discretion of the court. The exercise of the discretion will be guided by balancing the interests of justice as they affect all the parties. . . .

An accused must put forward his defences at trial. If he decides at that time, as a matter of tactics or for some other reason, not to put forward a defence that is available, he must abide by that decision. He cannot expect that if he loses on the defence that he has put forward, he can then raise another defence on appeal and seek a new trial to lead the evidence on that defence.

volontaire et l'appelant avait également soutenu que l'art. 7 imposait au personnel du centre de détention provisoire l'obligation absolue d'empêcher quiconque de voir l'accusé lorsque ces visites avaient pour but de permettre aux policiers d'intercepter une conversation. Comme cette question avait déjà été débattue antérieurement, quoique sous une forme légèrement différente, la Cour disposait d'un dossier complet, incluant les conclusions de fait nécessaires. La présente affaire n'entre pas non plus dans cette catégorie.

À mon avis, en raison de la jurisprudence de notre Cour, des coûts sociaux et de la possibilité d'entraver l'administration de la justice, il y a lieu de respecter la règle générale concernant la présentation de nouvelles questions en appel. Les tribunaux devraient permettre que l'on débatte une nouvelle question en appel seulement dans les cas évidents où, après avoir soupesé les intérêts des deux parties, il serait par ailleurs injuste envers l'accusé de ne pas permettre de traiter cette nouvelle question. Les principes dégagés par le juge Lambert dans l'arrêt *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391 (C.A.), rendent bien la façon de procéder dans ces cas (aux pp. 398 et 399):

[TRADUCTION] Il convient parfaitement de soulever en appel un argument supplémentaire qui n'a pas été soulevé au procès, si cet argument supplémentaire vise un point ou un moyen qui a lui-même été soulevé au procès. Mais il faut obtenir l'autorisation de la cour avant de pouvoir soulever en appel un point ou un moyen tout à fait nouveau et indépendant qui n'a pas été soulevé au procès.

La décision d'accorder ou non l'autorisation est laissée à la discrétion de la cour. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera guidé par l'évaluation des intérêts de la justice qui ont des répercussions sur toutes les parties . . .

L'accusé doit présenter ses moyens de défense au procès. S'il décide à ce moment-là, à titre de stratégie ou pour quelque autre raison, de ne pas présenter un moyen de défense qu'il lui est possible d'invoquer, il doit s'en tenir à cette décision. Il ne peut s'attendre, s'il perd après avoir présenté un certain moyen de défense, à pouvoir ensuite soulever un autre moyen de défense en appel et demander la tenue d'un nouveau procès pour produire la preuve relative à ce moyen de défense.

The result is that it is only in those exceptional cases where balancing the interests of justice to all parties leads to the conclusion that an injustice has been done, that a new ground is likely to be permitted to be raised on appeal. Such a new ground is more likely to be permitted where it raises an issue of law alone than where it requires the leading of evidence either in the appeal court or at a new trial. [Emphasis added.]

As Lambert J.A. correctly points out, appeals on questions of law alone are more likely to be received by the courts, as ordinarily they do not require further findings of fact. For this reason, appeals on issues not raised at trial will normally be confined to those which relate to a change in the law of the underlying offence rather than evidential matters.

In summary, the following three prerequisites must be satisfied in order to permit the raising of a new issue, including a *Charter* challenge, for the first time on appeal. First, there must be a sufficient evidentiary record to resolve the issue. Second, it must not be an instance in which the accused for tactical reasons failed to raise the issue at trial. Third, the court must be satisfied that no miscarriage of justice will result from the refusal to raise such new issue on appeal.

In the present case, none of these conditions are satisfied. There has been no change to the substantive offence. The issue was not raised at trial, with the consequence that the record necessary for appellate review of the issue is unavailable. As I will discuss in more detail below, because of the manner in which the trial was conducted, there has been no denial of justice to the appellant. In my view, the Court of Appeal properly concluded that no appeal on this new issue should be entertained.

Section 7 Right to Silence

The appellant submits that a sufficient evidentiary foundation presently exists to establish a

Il en résulte que c'est seulement dans les cas exceptionnels où l'évaluation des intérêts de la justice pour toutes les parties amène à conclure qu'une injustice a été commise qu'on peut vraisemblablement permettre de soulever un nouveau moyen en appel. Un tel moyen est plus susceptible d'être autorisé lorsqu'il soulève une question de droit seulement que lorsqu'il exige la production d'éléments de preuve devant la cour d'appel ou dans le cadre d'un nouveau procès. [Je souligne.]

Comme le juge Lambert l'indique bien, les appels sur des questions de droit seulement sont plus susceptibles d'être autorisés par les tribunaux, car ordinairement ils n'exigent pas de conclusions de fait supplémentaires. Pour cette raison, les appels portant sur des questions non soulevées au procès se limiteront normalement à celles qui se rapportent à une modification du droit régissant l'infraction sous-jacente plutôt qu'à des questions de preuve.

En résumé, les trois conditions préalables suivantes doivent être remplies pour que soit permise la présentation, pour la première fois en appel, d'une nouvelle question, y compris une contestation fondée sur la *Charte*. Premièrement, la preuve doit être suffisante pour trancher la question. Deuxièmement, il ne doit pas s'agir d'un cas où l'accusé n'a pas, pour des motifs de stratégie, soulevé la question au procès. Troisièmement, la cour doit être convaincue qu'il ne résultera aucun déni de justice si l'examen de la nouvelle question n'est pas permis en appel.

En l'espèce, aucune de ces conditions n'est remplie. Il n'y a eu aucune modification de l'infraction matérielle précise. La question n'a pas été soulevée au procès, de sorte qu'on ne dispose pas du dossier nécessaire pour examiner la question en appel. Ainsi que j'en discuterai plus en détail ci-dessous, à cause de la façon dont le procès s'est déroulé, l'appelant n'a subi aucun déni de justice. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure que cette nouvelle question ne devrait pas faire l'objet de l'appel.

Le droit au silence garanti par l'art. 7

L'appelant soutient qu'il existe présentement suffisamment d'éléments de preuve pour établir

breach of s. 7 in this case. Even if the accused were to be permitted to now raise the issue of a violation of his right to silence under s. 7, which I have concluded he may not, in my opinion, no violation could be established on the evidence adduced at trial in this case. ^a

As this Court held in *Hebert, supra*, at p. 186: ^b

The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose—the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other. ^c

The right to silence does not preclude an accused from deciding to speak to the police. Therefore, in order for the appellant's right to silence to have been violated, there must be a finding that the statement must have been elicited from him unwillingly in the face of his asserted desire to remain silent. ^d

In this case, the question crucial to this determination remains unanswered: whether the appellant knew, at the point when the officer engaged him in conversation about the events on the night that the deceased disappeared, that the statement was being given to a police officer. If the appellant was aware at that time that his cellmate was a police officer and chose to make the largely exculpatory statements he made for purposes such as “seeding” a defence, there was no violation of his right to silence. ^e

The evidence suggests that this scenario is in fact a live possibility in this case. In an intercepted conversation to his ex-wife 10 days after his arrest, the appellant disclosed that he became aware at some unknown point that he was being housed in the cellblock with an undercover police officer. In the statement to the officer, he admitted that he met with the deceased for the purposes of transacting a drug deal but denied knowing anything about the killing. However, the officer testified that, in his opinion, the accused knew very little, if anything, about cocaine. Moreover, he had previously ^f

qu'il y a eu violation des dispositions de l'art. 7 en l'espèce. Même si l'accusé devait être autorisé à soulever maintenant la question de la violation du droit au silence que lui garantit l'art. 7, et j'ai conclu qu'il ne saurait l'être, j'estime que les éléments de preuve produits au procès en l'espèce ne permettraient pas d'établir l'existence d'une telle violation. ^a

Comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Hebert*, précité, à la p. 186: ^b

Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix; il s'agit tout simplement de la liberté de choisir — la liberté de parler aux autorités, d'une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d'autre part. ^c

Le droit au silence n'empêche pas un accusé de décider de parler aux policiers. Par conséquent, pour qu'il y ait violation du droit de l'appelant de garder le silence, on doit conclure que la déclaration lui a été arrachée contre son gré même s'il avait affirmé vouloir garder le silence. ^d

En l'espèce, la question cruciale pour arriver à une telle conclusion reste sans réponse: l'appelant savait-il, au moment où l'agent de police l'a amené à parler des événements survenus la nuit où la victime a disparu, que cette déclaration était faite à un agent de police? Si l'appelant était conscient, à l'époque, que son compagnon de cellule était un agent de police et s'il a choisi de faire les déclarations amplement disculpatoires qu'il a faites dans le but de «semmer» un moyen de défense, il n'y a pas eu violation de son droit au silence. ^e

Il ressort de la preuve que ce scénario est, en fait, une possibilité valable en l'espèce. Dans une conversation qu'il a tenue avec son ex-épouse 10 jours après son arrestation, conversation qui a été interceptée, l'appelant a révélé s'être rendu compte, à un moment indéterminé, qu'il se trouvait en cellule avec un agent de police banalisé. Dans la déclaration faite à l'agent, il a admis avoir rencontré la victime dans le but de conclure une transaction en matière de drogue, mais il a nié être au courant de quoi que ce soit au sujet du meurtre. Toutefois, l'agent a témoigné qu'à son avis l'ac- ^f

told his ex-wife that he had been at the garage all night repairing a car. This suggests, as the trial judge found, that there was no air of reality to the appellant's claim that he was involved in a drug transfer at the time.

It must not be forgotten that an accused may waive his right to silence. The precise situation which has occurred in this case was in fact envisioned in *Hebert, supra*. McLachlin J. held at p. 188:

I would not wish to rule out the possibility that there may be circumstances in which a statement might be received where the suspect has not been accorded a full choice in the sense of having decided, after full observance of all rights, to make a statement voluntarily.

The appellant argues that the validity of his waiver was qualified or removed because he was unaware of the scope of the right to silence that is presently recognized under s. 7 and hence was not aware of the consequences of waiving the right. However, for the reasons I have outlined above regarding the litigation of new *Charter* issues on appeal, if there is to be any degree of finality and certainty in the adjudication of criminal matters, "awareness of consequences" cannot be construed as the awareness of any potential or future changes to the law. As the respondent points out, such an interpretation would render all such admissions useless and inherently untrustworthy for both the Crown and the defence.

In my view, this requirement must be given its natural meaning, which is that the accused both has an appreciation of the nature of the evidence he is giving and is aware that it may be used against him. There is no question, based on his signed admission that the statements were given voluntarily and in conformity with the *Charter*, that these conditions are met in this case and that the appellant was aware of the consequences of his actions.

cusé savait très peu de choses, voire rien, à propos de la cocaïne. En outre, il avait dit auparavant à son ex-épouse qu'il avait passé toute la nuit au garage à réparer une voiture. Cela laisse supposer, comme l'a conclu le juge du procès, que la prétention de l'appellant, qu'il avait été mêlé à une affaire de drogue à l'époque, n'était pas vraisemblable.

Il ne faut pas oublier qu'un accusé peut renoncer à son droit de garder le silence. La situation précise qui s'est présentée en l'espèce a, en fait, été envisagée dans l'arrêt *Hebert*, précité. Madame le juge McLachlin conclut, à la p. 188:

Je ne veux pas écarter la possibilité qu'il y ait des circonstances dans lesquelles une déclaration peut être reçue lorsque le suspect n'a pas eu pleinement le choix au sens d'avoir décidé, suite à un respect absolu de tous ses droits, de faire une déclaration volontairement.

L'appellant allègue que la validité de sa renonciation a été atténuée ou réfutée parce qu'il n'était pas au courant de la portée du droit au silence qui est présentement reconnu par l'art. 7 et qu'il n'était donc pas conscient des conséquences d'une renonciation à ce droit. Cependant, pour les raisons que j'ai exposées plus haut au sujet de la présentation en appel de nouvelles questions relatives à la *Charte*, si les affaires criminelles doivent être tranchées de manière aussi certaine et définitive que possible, la «connaissance des conséquences» ne saurait être interprétée comme impliquant la connaissance de toute modification possible ou future du droit. Comme le souligne l'intimée, une telle interprétation rendrait tous les aveux de ce genre inutiles et non dignes de foi en soi tant pour le ministère public que pour la défense.

À mon avis, il faut donner à cette exigence son sens naturel, c.-à-d. que l'accusé doit apprécier la nature de la preuve qu'il fournit et savoir qu'elle peut être utilisée contre lui. Compte tenu de son aveu signé que les déclarations ont été faites volontairement et en conformité avec la *Charte*, il ne fait aucun doute que ces conditions sont remplies en l'espèce et que l'appellant était conscient des conséquences de ses actes.

Had the appellant been genuinely concerned about prejudice caused by the admission of the statement, other avenues of attack under the *Charter* were available. Moreover, the Crown would have been on notice that it should adduce evidence to counter this argument. I agree with the Court of Appeal that the decision not to raise the issue was a deliberate choice taken as a matter of strategy and judged to be in the interests of the appellant at the time which may not now be reversed.

Section 24(2)

As is clear on the wording of the section, the exclusion of evidence under s. 24(2) is not automatic upon finding that it was obtained in violation of a *Charter* right. Evidence is only excluded when it is established that, "having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute".

The following factors clearly indicate that there has been no unfairness to the parties in this case. Even if the evidence were to have been obtained in violation of the appellant's right to silence under s. 7, in my view, not only does its admission fail to bring the administration of justice into disrepute, but its exclusion would do so.

First, the evidence sought to be excluded was not central to the verdict; moreover, it was equivocal, and as the appellant's strategy at trial demonstrates, is capable of exculpating as well as inculpating the appellant. As the trial judge noted:

... to be fair, in all the accused's conversations with the police upon his arrest and later in the cells with undercover agent Jones, the accused never admitted killing Mr. Kindrachuk. In fact, he consistently denied doing so over and over, notwithstanding considerable psychological pressure was put on him by the investigating authorities to confess; nor did he ever make a direct admission to any other person, including his wife. In other words, there is no direct evidence that the accused killed Mr. Kindrachuk.

La *Charte* offrait d'autres moyens de contester dans le cas où l'appellant se serait vraiment inquiété du préjudice causé par l'utilisation de la déclaration. De plus, le ministère public aurait été informé qu'il devait produire des éléments de preuve pour contrer cet argument. Je suis d'accord avec la Cour d'appel que la décision de ne pas soulever ce point constituait un choix stratégique délibéré qui a été jugé dans l'intérêt de l'appellant à l'époque et qui ne saurait être annulé maintenant.

Le paragraphe 24(2)

Comme il ressort clairement du texte du par. 24(2), les éléments de preuve ne sont pas écartés automatiquement si on arrive à la conclusion qu'ils ont été obtenus en violation d'un droit garanti par la *Charte*. Les éléments de preuve sont écartés uniquement lorsqu'il est établi, «eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

Les facteurs suivants indiquent clairement que les parties n'ont subi aucun déni de justice en l'espèce. Même si les éléments de preuve avaient été obtenus en violation du droit au silence que l'art. 7 garantit à l'appellant, j'estime non seulement que leur utilisation ne déconsidère pas l'administration de la justice, mais encore que leur exclusion le ferait.

Premièrement, les éléments de preuve que l'on cherche à écarter n'étaient pas essentiels au verdict; en outre, ils étaient équivoques et, comme le démontre la stratégie que l'appellant a adoptée au procès, ils pouvaient tout autant disculper qu'inculper l'appellant. Comme l'a souligné le juge du procès:

[TRADUCTION] ... pour être juste, dans toutes les conversations que l'accusé a tenues avec les policiers au moment de son arrestation et plus tard dans les cellules avec l'agent de police banalisé Jones, l'accusé n'a jamais reconnu avoir tué M. Kindrachuk. En fait, il a toujours nié l'avoir fait, malgré que les enquêteurs aient exercé sur lui de fortes pressions psychologiques pour le faire avouer; il n'a pas fait non plus d'aveu direct à quelque autre personne, y compris son épouse. En d'autres termes, il n'y a aucune preuve directe que l'accusé a tué M. Kindrachuk.

While the taped conversations confirmed the fact that the appellant was with the deceased the night he disappeared, there was independent evidence of that fact. In coming to his verdict, the trial judge clearly could not have relied heavily, if at all, on this evidence to establish that the appellant was the murderer of Kindrachuk. Rather, as his reasons reveal, the trial judge convicted the appellant on the totality of the evidence, including substantial circumstantial evidence of motive, previous schemes which demonstrated intent, inculpatory conversations to his then wife shortly after the event which he found tantamount to admissions of guilt, and the appellant's affinity for guns.

Second, the police acted in good faith in complete conformity with acceptable investigative practices as the law stood at the time. As I have discussed above, evidence gathered in this manner which has served to ground a conviction should not be open to attack after the trial process is concluded.

Third, not only did the appellant fail to raise the issue of a breach of s. 7 at trial, he went so far as to make a positive statement that he fully waived his right to silence under s. 7 by signing admissions to that effect. In view of these admissions, I cannot accept the argument that the admission of this evidence now brings the administration of justice into disrepute.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pringle, Renouf & Associates, Edmonton.

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

Bien que les conversations enregistrées aient confirmé le fait que l'appellant se trouvait avec la victime la nuit où celle-ci a disparu, il existait des éléments de preuve indépendants à cet égard. Pour en arriver à son verdict, le juge du procès n'aurait manifestement pas pu s'appuyer fortement, si tant est qu'il aurait pu le faire, sur ces éléments de preuve pour établir que l'appellant était le meurtrier de Kindrachuk. Comme le révèlent ses motifs, le juge du procès a plutôt reconnu l'appellant coupable en se fondant sur l'ensemble de la preuve soumise, dont l'importante preuve circonstancielle relative au mobile, des projets antérieurs qui démontraient l'existence d'une intention, des conversations inculpatrices tenues avec son épouse d'alors peu après l'événement, qu'il a jugées équivalentes à des aveux de culpabilité, ainsi que l'attribution de l'appellant pour les armes à feu.

Deuxièmement, les policiers ont agi de bonne foi et en parfaite conformité avec les pratiques d'enquête acceptables selon l'état du droit à l'époque. Comme je l'ai mentionné plus haut, les éléments de preuve recueillis de cette manière qui ont servi à asseoir une déclaration de culpabilité ne devraient pas prêter le flanc à la contestation après que le procès a pris fin.

Troisièmement, non seulement l'appellant n'a-t-il pas soulevé au procès la violation de l'art. 7, mais il est allé jusqu'à affirmer qu'il renonçait complètement au droit de garder le silence que lui garantissait l'art. 7 en signant des aveux en ce sens. Compte tenu de ces aveux, je ne puis accepter l'argument selon lequel l'admission de ces éléments de preuve déconsidère maintenant l'administration de la justice.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appellant: Pringle, Renouf & Associates, Edmonton.

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

Jean-Paul Tremblay, Patricia Tremblay, Peggy Obas Malval, Doris Tremblay, Marleine Jean, Robert Bourdeau, Chantal Girouard, Christiane St-Louis et Brigitte Tremblay *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TREMBLAY

File No.: 22650.

1993: February 23; 1993: September 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Indecent act — Bawdy-house — Public place — Nude dancers performing in individual cubicles — Clients permitted to be nude and to masturbate while watching performance — Whether community tolerance standard offended — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 193(1), 529(3), (4).

Trial — Procedure — Motion to amend charge — Motion made late in trial — Whether or not serious prejudice to accused.

The appellants were charged with keeping a bawdy-house for the purpose of the practice of indecent acts contrary to s. 193(1) (now s. 210(1)) of the *Criminal Code*. Nude dancers would perform in individual cubicles for their clients and would assume a variety of suggestive positions. The clients were permitted to remove their clothing and many masturbated during the performance. The management strictly enforced a "no touching" policy and monitored this policy with a peep hole on each room. The peep hole was not used for purposes of voyeurism.

At trial, the Crown's motion to amend the charge by deleting the words "the practice of indecency", and its subsequent motion to include the words "practice of prostitution" were denied because they would cause serious prejudice to the accused. The motions were

Jean-Paul Tremblay, Patricia Tremblay, Peggy Obas Malval, Doris Tremblay, Marleine Jean, Robert Bourdeau, Chantal Girouard, Christiane St-Louis et Brigitte Tremblay *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. TREMBLAY

N° du greffe: 22650.

1993: 23 février; 1993: 2 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Acte d'indécence — Maison de débauche — Endroit public — Danseuses nues se produisant en privé — Les clients pouvaient se dévêtir et se masturber pendant la prestation de la danseuse — A-t-on contrevenu à la norme de tolérance de la société? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193(1), 529(3), (4).

Procès — Procédure — Requête tendant à modifier l'acte d'accusation — Requête déposée à un stade avancé du procès — Un préjudice grave a-t-il été causé aux accusés?

Les appelants ont été accusés d'avoir tenu une maison de débauche à des fins de pratique d'actes d'indécence, en contravention au par. 193(1) (maintenant le par. 210(1)) du *Code criminel*. Des danseuses nues s'y produisaient en privé à l'intention de leurs clients et adoptaient diverses positions suggestives. Les clients pouvaient se dévêtir et bon nombre d'entre eux se masturbaient pendant la prestation de la danseuse. Les propriétaires de l'établissement appliquaient strictement la règle interdisant tout contact physique et s'assuraient que la règle était respectée au moyen d'un judas pratiqué dans chaque chambre. Le judas en question ne servait pas à des fins de voyeurisme.

Au procès, la requête du ministère public tendant à modifier l'acte d'accusation par la suppression des mots «pratique d'actes d'indécence» et la requête subséquente visant à y ajouter les mots «pratique de la prostitution» ont été rejetées parce qu'elles auraient causé un préju-

made late in the trial when virtually all the evidence had been called. The Court of Appeal materially amended the charge and entered a conviction on the basis of the amended charge. The issues before this Court are: (1) whether the Crown should have been permitted to amend the charge substantially, and (2) whether the acts were indecent when viewed in light of the current standard of community tolerance.

Held (Gonthier and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: Although the courts possess reasonably wide powers of amendment under s. 529(3) (now s. 601(3)) of the *Criminal Code*, persons accused of a crime must know the charge brought against them in order to present a full answer and defence. A court can amend an information or indictment only when the amendment would not result in irreparable prejudice and only if the evidence can support such a charge. Here, to have permitted the amendment so late in the trial would have caused irreparable prejudice to the appellants. It might have been appropriate to allow the proposed amendment much earlier in the trial proceedings provided an adequate adjournment was granted to the appellants to prepare their defence to meet the amended charges. The Court of Appeal's decision to amend the charge materially and enter a conviction on the basis of the amended charge was extraordinary and inappropriate.

The "community standard of tolerance" test for indecency, like the one used in obscenity cases, involves an analysis of the impugned acts involving several considerations. These accepted standards of tolerance, which are contemporary and change with the times, and which reflect the standards of society as a whole, exist and should not be exceeded. The decision as to whether the acts fall below the community standard of tolerance rests with the court. The determination must be made objectively in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely project a judge's own personal ideas of what is tolerable.

The degree of harm — in the sense of predisposing persons to act in an anti-social manner — is a factor that

dice grave aux accusés. Ces requêtes ont été déposées à un stade avancé du procès, après que pratiquement tous les éléments de preuve eurent été présentés. La Cour d'appel a substantiellement modifié l'acte d'accusation et a prononcé une déclaration de culpabilité relativement à l'acte d'accusation modifié. Notre Cour doit trancher les questions suivantes: (1) Le ministère public aurait-il dû être autorisé à modifier substantiellement l'acte d'accusation? (2) Les actes étaient-ils indécents par rapport à la norme de tolérance actuelle de la société?

Arrêt (les juges Gonthier et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: Bien que les tribunaux possèdent des pouvoirs assez étendus de modification en vertu du par. 529(3) (maintenant le par. 601(3)) du *Code criminel*, les personnes accusées d'un crime doivent être informées de l'accusation qui pèse contre elles afin qu'elles puissent présenter une défense pleine et entière. Le tribunal peut modifier la dénonciation ou l'acte d'accusation seulement lorsqu'il n'en résulterait pas un préjudice irréparable et seulement si les éléments de preuve présentés peuvent appuyer l'accusation en cause. En l'espèce, autoriser la modification à un stade si avancé aurait causé un préjudice irréparable aux appelants. Il aurait peut-être été opportun de faire droit à la demande de modification si elle avait été formulée beaucoup plus tôt au cours des procédures, pourvu qu'un ajournement adéquat ait été accordé afin de permettre aux appelants de préparer leur défense en fonction des accusations modifiées. La décision de la Cour d'appel de modifier substantiellement l'acte d'accusation et de prononcer une déclaration de culpabilité à partir de l'acte d'accusation ainsi modifié constitue une mesure exceptionnelle et inopportune.

Le critère de la «norme de tolérance de la société» applicable à l'égard de l'indécence, à l'instar de celui utilisé en matière d'obscénité, requiert l'analyse des actes reprochés en fonction de plusieurs considérations. Ces normes de tolérance admises, qui sont contemporaines et changent avec le temps, et qui tiennent compte des normes de l'ensemble de la société, existent et ne devraient pas être outrepassées. Il appartient à la cour de décider si les actes en cause sont tolérables suivant la norme de la société. Cette détermination doit être faite d'une manière objective suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et ne pas refléter simplement la conception personnelle du juge de ce qui est tolérable.

Le degré de préjudice — au sens de predisposer une personne à agir de façon antisociale — est un facteur

the courts can consider in determining the community standard of tolerance. The public harm that might result from the public exposure to the impugned acts is relevant to the determination of whether or not they are indecent.

The circumstances surrounding the act must be taken into account for the community standard of tolerance will vary from place to place and with the composition of the audience. The purpose of the performance and the nature of the warning or notice that is given of the performance may be considered.

The use of expert evidence to assess the community standard of tolerance is advisable. Here, the trial judge, in determining this standard, properly considered the expert opinion of a psychologist and sexologist, a government report studying the problems associated with pornography and prostitution and a police officer who attended at the premises.

No complaints were made about the club's activities, either from neighbours or clients, and this fact too can be considered in deciding whether there was community tolerance for the acts. The community tolerated sexually suggestive acts performed by naked dancers and the acts of both the clients and the dancers came within the range of this tolerance. Both clients and dancers knew exactly what to expect, consented to the activities and could leave at will. Whether the acts of simulated masturbation or masturbation itself are indecent depends on the circumstances. The lack of physical contact, although not determinative, was significant since there was little likelihood of physical harm being caused to either individual. Equally important, the "no contact" rule ensured that the transmission of infectious sexual diseases was prevented and so increased the level of the community tolerance for the acts at issue.

Although the premises here fell within the *Criminal Code's* definition of a public place, common sense indicates that there are great differences between locations which can come within the definition of public places. The performance of an activity in a closed room in a house, where only two consenting adults are present, is far different from carrying out the same activity in a school yard or a public park. The existence of the monitoring peep hole, even if it were to be used for consensual voyeurism, was hardly enough to render the act any more public, in any significant sense, than it was when

dont les tribunaux peuvent tenir compte aux fins de déterminer la norme de tolérance de la société. Le degré de préjudice qui peut résulter de la présentation au public des actes reprochés est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils sont indécents.

Il faut tenir compte du contexte dans lequel l'acte est accompli car la norme de tolérance de la société variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire. On peut tenir compte du but de la prestation et de la nature de l'avertissement ou de l'avis qui est donné relativement au spectacle.

Il est légitime de recourir au témoignage d'un expert pour déterminer quelle est la norme de tolérance de la société. En l'espèce, pour rendre sa décision concernant cette norme, le juge du procès s'est fondé à bon droit sur le témoignage d'un expert, psychologue et sexologue, sur un rapport du gouvernement concernant les problèmes liés à la pornographie et à la prostitution et sur le témoignage d'un policier qui avait visité les lieux.

Aucun voisin ou client n'a formulé de plaintes concernant les activités du club, et ce fait peut également être pertinent pour déterminer si la société tolère de tels actes. La société tolérait les actes suggestifs à caractère sexuel accomplis par des danseuses nues, et les actes tant des clients que des danseuses étaient tolérés. Les clients et les danseuses savaient exactement à quoi s'attendre, consentaient au déroulement des activités en question et pouvaient quitter les lieux. Pour déterminer si la masturbation ou la masturbation simulée constitue en soi un acte d'indécence, il faut tenir compte des circonstances. L'absence de contact physique, à elle seule non décisive, est importante parce qu'il y avait peu de risque qu'un préjudice corporel soit infligé à l'une ou l'autre des personnes en cause. Fait également important, la règle de «l'absence de contact physique» empêchait également que les personnes ne contractent une maladie transmissible sexuellement, accroissant ainsi le niveau de tolérance de la société à l'égard des gestes en cause.

Même si les actes étaient accomplis dans un endroit public au sens du *Code criminel*, il va sans dire que la définition vise des lieux très différents les uns des autres. Le déroulement d'une activité dans une pièce fermée à l'intérieur d'une maison, où seuls deux adultes consentants sont présents, est fort différent du déroulement de la même activité dans une cour d'école ou un parc public. La présence d'un judas, même s'il avait servi à des fins de voyeurisme consensuel, ne suffit pas à donner un caractère public beaucoup plus grand aux actes que s'ils sont accomplis par les deux personnes se

performed between the two persons apparently alone in the room. The presence of the peep holes would, if anything, indicate that the acts were not viewed as indecent by any of the persons in the room or by the management enforcing their rule against physical contact.

Per La Forest and Gonthier JJ. (dissenting): The standard for determining whether or not an act is indecent is what the community as a whole is prepared to tolerate and not what was approved of or seen as tasteful by that community. This single standard of tolerance does not vary with the actual audience and is constant, regardless of the time, place or manner of the representation at issue inasmuch as those factors serve to define the audience. The standard is responsive to the various harms which may be caused by obscene activity or depictions. The combination of a given content and a representation together constitute the particular essence of obscenity.

This case did not concern pornographic material but rather a live performance of sexual activity, by both the client and the dancer, in a public place. The acts in issue were not in substance the same as other acts found to be tolerated by the trial judge.

The way in which a representation occurs can contribute to harmfulness or a lack of tolerance by the community. The community was concerned about the activities occurring in the Club and any tolerance that neighbours may have been shown to have had towards the Club did not account for the activity of the client.

The place where the acts occurred was public, i.e., a place to which the public has access, either as of right, or by express or implied invitation. The relative privacy of an activity, while relevant, is but one of many factors to be considered. The division of what is private from what is public rests only in part on the number of persons who may witness the activities in question. It also rests upon the special set of expectations which the public rightly holds with regard to what activity will occur only in private, and what may occur in public. These expectations are not limited to those which may be justified on the basis that there should be no direct exposure of persons, against their will, to the activities in question. They extend to the expectations which the public rightly has in relation to the sphere which is shared by each and every person. While exposure of persons is one of those harms, there are many others which are undoubtedly important — exploitation, degradation, the

trouvant supposément seules dans la pièce. L'existence d'un judas indiquerait, en somme, que les actes n'étaient pas jugés indécents par les personnes qui les accomplissaient dans la pièce, non plus que par la direction, qui s'assurait du respect de la règle interdisant tout contact physique.

Les juges La Forest et Gonthier (dissidents): Le critère en vertu duquel la nature indécente d'un acte doit être déterminée est celui du niveau de tolérance de l'ensemble de la société et non celui de ce qu'elle est disposée à approuver ou à considérer de bon goût. Cette norme unique de tolérance ne varie pas selon l'auditoire et demeure constante indépendamment de l'époque, de l'endroit ou du mode de représentation en question, dans la mesure où l'on s'y réfère pour identifier l'auditoire. La norme tient compte des divers préjugés que l'activité obscène ou ses représentations peuvent causer. C'est dans la conjonction d'un contenu donné et de sa représentation que réside l'essence même de l'obscénité.

En l'espèce, il ne s'agit pas de matériel pornographique, mais plutôt du spectacle vivant d'une activité sexuelle, à la fois par le client et la danseuse, dans un endroit public. Les actes accomplis étaient essentiellement différents d'autres actes jugés tolérables par le juge du procès.

Le mode de représentation peut contribuer au caractère préjudiciable ou au manque de tolérance de la société. Les activités du club suscitaient une certaine préoccupation dans la collectivité, et toute tolérance que les voisins ont pu démontrer à l'égard du club ne concernait pas l'activité du client.

Les actes étaient accomplis dans un endroit public, c'est-à-dire un lieu auquel le public a accès, de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. La relative intimité d'une activité, bien que pertinente, n'est qu'un des nombreux facteurs à considérer. La distinction entre la nature privée et la nature publique d'un geste ne repose qu'en partie sur le nombre de personnes qui peuvent être témoins des activités en question. Elle repose également sur les attentes particulières et légitimes du public quant aux activités qui se produiront en privé seulement, et celles qui peuvent se produire en public. Ces attentes ne se limitent pas à celles qui peuvent être justifiées pour le motif que des personnes ne devraient pas être témoins des activités en question contre leur gré. Elles s'étendent également aux attentes légitimes du public à l'égard de la sphère que tous partagent. Si l'étalage d'activités aux regards des gens constitue l'un de ces préjugés, il en existe de nombreux autres, certainement importants, qui

undue commercialization of certain activities, and the dangers these harms entail.

There was no evidence to support the conclusion that masturbation in a public place meets the standard of community tolerance. The normality of an act in private cannot be directly relied upon in establishing the tolerance of that act in public when, as here, the act is in part defined by its public character. The very qualities of an act which make it normal in private may not make it normal in public, or tolerated.

The evidence of the expert witness and the reliance placed on the Fraser Committee were misplaced for, although they did consider aspects peripheral to the issue of society's tolerance of masturbation in public, they did not consider that issue itself. The activity here was not the same as that which occurred in other establishments and which was tolerated.

The defence of lack of *mens rea* was not available. The appellants, although they did not intend to break the law, did intend to do what they did and to operate the club as they did, and so cannot avail themselves of this defence. The defence of officially induced error, too, was not available even though appellants were given reason by official sources to believe they were not breaking the law. A clear connection must exist between the inducement relied upon and the activity of the defendants. The licence (as an establishment for private erotic conversation), which is the most convincing form of inducement, was for activities greatly different from the activities actually occurring at the premises. The defence, moreover, does not operate to prevent the courts from determining what activity is indecent. The application of the defence is usually limited to regulatory offences where the reliance placed on the inducement is more reasonable.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; **considered:** *R. v. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.); *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77, [1986] R.J.Q. 595; *R. v. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642; **referred to:** *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157; *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635;

comprennent l'exploitation, la dégradation, la commercialisation excessive de certaines activités et les dangers qu'elles entraînent.

Aucune preuve ne permet de conclure que la masturbation dans un endroit public respecte la norme de tolérance de la société. On ne peut se fonder directement sur la normalité d'un acte accompli en privé pour établir le degré de tolérance dont cet acte sera l'objet s'il est accompli en public lorsque, comme en l'espèce, l'acte en question est en partie défini par sa nature publique. Les qualités mêmes d'un acte qui en font un acte normal en privé n'en font pas nécessairement un acte normal en public ou toléré en public.

Le témoignage de l'expert et l'importance accordée aux constatations du Comité Fraser sont déplacés car, bien qu'ils aient examiné des aspects connexes à la question de la tolérance de la société à l'égard de la masturbation en public, ils n'ont pas traité de cette question en soi. On ne peut considérer l'activité en question comme essentiellement semblable à celle qui prenait place dans d'autres établissements et était tolérée.

La défense d'absence de *mens rea* ne peut être invoquée. Bien qu'ils n'aient pas eu l'intention d'enfreindre la loi, les appelants avaient l'intention d'accomplir les actes en question et d'exploiter le club comme ils le faisaient, et ne peuvent avoir recours à cette défense. La défense d'erreur provoquée par les autorités ne peut pas non plus être avancée même si les appelants avaient été amenés par des sources officielles à croire qu'ils n'étaient pas en infraction. Un lien évident doit exister entre l'incitation invoquée et l'activité des défendeurs. La plus convaincante forme d'incitation invoquée en l'espèce, un permis délivré aux appelants (pour un établissement de conversations érotiques privées), couvrirait des activités très différentes de celles qui ont finalement pris place à l'endroit en cause. En outre, cette défense n'a pas pour effet d'empêcher les tribunaux de décider du caractère indécent d'une activité. L'application de la défense est généralement restreinte aux infractions de nature réglementaire, où la foi prêtée à l'incitation est plus raisonnable.

Jurisprudence

i Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; **arrêts examinés:** *R. c. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.); *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595; *R. c. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642; **arrêts mentionnés:** *Patterson c. The Queen*, [1968] R.C.S. 157; *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635;

R. v. Webb, [1963] 3 W.L.R. 638; *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097; *R. v. Geauvreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324; *R. v. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168; *R. v. Sequin*, [1969] 2 C.C.C. 150; *R. v. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446; *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109.

By Gonthier J. (dissenting)

R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 193(1), 529(3) [am. S.C. 1985, c. 19, s. 123], (4), (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 210(1), 601(3), (4)).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 150, 163, 197.

Authors Cited

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution*. (Fraser Committee Report). Ottawa: 1985.

Roth, Philip. *Portnoy's Complaint*. London: Cape, 1969.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 2766, 41 Q.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 439, allowing an appeal from acquittal by Fontaine M.C.J., [1989] R.J.Q. 217. Appeal allowed, La Forest and Gonthier JJ. dissenting.

Robert La Haye and Josée Ferrari, for the appellants.

Germain Tremblay, for the respondent.

R. c. Webb, [1963] 3 W.L.R. 638; *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097; *R. c. Geauvreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324; *R. c. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168; *R. c. S equin*, [1969] 2 C.C.C. 150; *R. c. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446; *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109; *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193(1), 529(3) [mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 123], (4), (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 210(1), 601(3), (4)).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 150, 163, 197.

Doctrine citée

Canada. Comité spécial sur la pornographie et la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et la prostitution* (Rapport Fraser). Ottawa: 1985.

Roth, Philip. *Portnoy et son complexe*, Paris: Gallimard, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 2766, 41 Q.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 439, qui a accueilli l'appel interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Fontaine de la Cour municipale, [1989] R.J.Q. 217.
Pourvoi accueilli, les juges La Forest et Gonthier sont dissidents.

Robert La Haye et Josée Ferrari, pour les appelants.

Germain Tremblay, pour l'intimée.

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

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

GONTHIER J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of Justice Cory. As he states, the two issues in this appeal are whether the Court of Appeal erred in setting aside the decision of the trial judge refusing to permit the Crown to amend the charge substantially, and second, whether the acts in question satisfy the community standard of tolerance, and are therefore not indecent. I am in agreement with Cory J. in relation to the first issue, and I am also in agreement with the review of the facts which he presents as they relate to the activities of the appellants. However, there are a number of additional facts relevant in particular to the standard of community tolerance which will be referred to, as required, in the course of these reasons. I respectfully disagree with him on the second issue and would dismiss the appeal confirming in the result the decision of the Court of Appeal.

LE JUGE GONTHIER (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Cory. Comme il l'indique, le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant la décision du juge du procès de ne pas autoriser le ministère public à modifier substantiellement l'acte d'accusation? Deuxièmement, les actes incriminés respectent-ils la norme de tolérance de la société, de sorte qu'ils ne peuvent être qualifiés d'indécents? Je souscris à l'opinion du juge Cory quant à la première question, de même qu'à sa revue des faits liés aux activités des appelants. Il existe toutefois un certain nombre d'autres faits pertinents, en particulier relativement à la norme de tolérance de la société, que j'exposerai. Avec égards, je ne partage pas son opinion sur la deuxième question et je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel.

The Standard of Community Tolerance as Applied to this Case

L'application de la norme de tolérance de la société en l'espèce

The test by which the indecency of an act is to be determined for the purposes of the charge in this case is rightly identified by Cory J. as the standard set by what the community is prepared to tolerate. That test was recently affirmed in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, where the relevant standard was confirmed to be that which the community as a whole, and not a mere segment of it, was prepared to tolerate, and not what was approved of or seen as tasteful by that community (at p. 476). This single standard of tolerance does not vary with the actual audience and is constant, regardless of the time, place or manner of the representation at issue inasmuch as they serve to define the audience. The standard is responsive to the various harms which may be caused by obscene activity or depictions. As I had occasion to note in that case, at p. 512, it is the combination of a given content and a representation which together constitute the particular essence of obscenity and, as I stated at pp. 517-18:

Le juge Cory indique avec raison que le critère en vertu duquel la nature indécente d'un acte doit être déterminée aux fins de l'accusation portée en l'espèce est celui du niveau de tolérance de la société. Ce critère a été récemment confirmé dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à l'effet que la norme applicable est celle de ce que l'ensemble de la société, et non une partie seulement de celle-ci, est disposée à tolérer, et non celle de ce qu'elle approuve ou considère de bon goût (à la p. 476). Cette norme unique de tolérance ne varie pas selon l'auditoire et demeure constante indépendamment de l'époque, de l'endroit ou du mode de représentation en question, dans la mesure où l'on s'y réfère pour identifier l'auditoire. La norme tient compte des divers préjudices que l'activité obscène ou ses représentations peuvent causer. J'ai indiqué à la p. 513 de l'arrêt précité que c'est dans la conjonction d'un contenu donné et de sa représentation que réside l'essence même de l'obscénité et, à la p. 518, j'ai précisé:

A host of factors could intervene in the manner of representation to affect the characterization of the material, among which are the medium, the type or the use.

The medium provides a good example. . . .

. . . the likelihood of harm, and the tolerance of the community, may vary according to the medium of representation, even if the content stays the same.

While that case concerned s. 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and various depictions of sexual activity, and this case concerns activity under s. 210 of the *Code* (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 193) rather than a depiction, there is a representation of sexual activity in both instances: the dancer in this case performed in a place to which the public had access, to an audience, albeit of one, who was a member of the public, and the dance was intended for and addressed to a member of the public against remuneration. As a live representation, the impact of the dance is considerably stronger than that of a statue, painting, picture or even movie.

This case, then, does not concern pornographic material, but rather a live performance of sexual activity, by both the client and the dancer, in a public place.

In identifying the acts in question, Cory J. concludes that the performance in question was similar to dancing performances which were tolerated by the police. He refers to the fact that unlike most performances which occur in strip bars, in this case, clients did undress and masturbate when they were in the room viewing the performance of the dancer. He states at p. 957:

Several witnesses testified that the only difference between the performance by the dancers in the Pussy Cat and that of dancers performing in the strip bars was that the client was permitted to take off his clothes and masturbate. The actions and movements of the nude dancers performing in bars were not subject to any police action.

Toute une série de facteurs pourraient intervenir dans le mode de représentation et influencer sur la caractérisation du matériel, mentionnons notamment le moyen d'expression, le type de représentation ou l'utilisation qu'on en fait.

Le moyen d'expression offre un bon exemple. . . .

. . . la probabilité de préjudice et la tolérance de la société [peuvent] varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même.

Bien que cet arrêt concerne l'art. 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et diverses représentations de l'activité sexuelle et qu'en l'espèce il s'agisse d'une activité visée à l'art. 210 du *Code* (anciennement S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193) plutôt que d'une représentation, il y a néanmoins, dans les deux cas, une représentation d'une activité sexuelle: en l'espèce, la danseuse se produisait dans un endroit auquel le public avait accès, à l'intention d'un auditoire, même s'il s'agit d'une seule personne, qui était un membre du public, et la danse était exécutée à l'intention de cette personne contre rémunération. Comme il s'agit d'un spectacle vivant, son effet est nettement plus marqué que celui d'une statue, d'un tableau, d'une photo ou même d'un film.

En l'espèce donc, il ne s'agit pas de matériel pornographique, mais plutôt du spectacle vivant d'une activité sexuelle, à la fois par le client et la danseuse, dans un endroit public.

En définissant les actes incriminés, le juge Cory conclut que la prestation en question s'apparente à des danses tolérées par la police. Il rappelle que, contrairement à la plupart des prestations exécutées dans les clubs de danseuses nues, en l'espèce, les clients se dévêtaient et se masturbaient en regardant le spectacle de la danseuse dans la chambre. Il dit à la p. 957:

Plusieurs témoins ont déposé que la seule différence entre le spectacle des danseuses du Pussy Cat et celui présenté dans les clubs de danseuses nues était que, dans le premier cas, le client pouvait se dévêtir et se masturber. Or, les gestes et les mouvements des danseuses nues qui se produisent dans les clubs ne suscitent aucune intervention policière.

However, in my view the acts which occurred at the Pussy Cat Club were not in substance the same as those which, according to the evidence, occurred elsewhere and were found to be tolerated by the trial judge. This is clear when the three salient features of the performance, namely its live nature, the public locale and the activity of the client are considered. This is so even when the activity of the dancer as a live performance is considered by itself. Johanne Totunov, who was sworn as a witness for the Crown, had approximately seven years experience as a nude dancer in Montreal, and had worked at the Pussy Cat Club as a dancer. She testified that she had never seen a dancer use a vibrator in the course of a nude dance in a club. This was common practice in the Pussy Cat Club, and it is a noteworthy aspect of the performance. It changes the quality of the activity of the dancer as perceived by the client from a dance performance having an erotic quality into something more in the nature of a demonstration of sexual activity. The performance was not merely evocative of sexual imagery and sexuality, but was a performance of a sexual act. Because a vibrator is used for actual stimulation, the activity from the point of view of the dancer is actual masturbation, as opposed to a mere simulation of being in a state of arousal or stimulation. On the basis of the substance of the performance of the dancer alone, the activity in question is clearly distinguished from what was done, and found to be tolerated, elsewhere.

The evidence of Constables Rochon and Cormier does not support the conclusion that the acts of the dancers in the Pussy Cat Club were sufficiently similar in nature to the acts of dancers performed and tolerated elsewhere so as to meet the standard of community tolerance. Constable Rochon states that the acts he saw in the Pussy Cat Club were not the same as those which he had seen occur elsewhere, and his statement is uncontradicted. This opinion concerned the nature of the acts, when seen as a whole. There is no evidence that he had seen dancers use vibrators for acts of masturbation, nor did he state that other dancing performances included all the aspects of the performance at the Pussy Cat Club. His evidence on

À mon avis toutefois, les actes accomplis au Pussy Cat étaient essentiellement différents de ceux qui, selon la preuve, étaient accomplis ailleurs et jugés tolérables par le juge du procès. C'est évident lorsqu'on considère les trois caractéristiques principales de la prestation en cause, soit le spectacle vivant, l'endroit public et l'activité du client. Il en est ainsi même lorsqu'on considère seulement l'activité de la danseuse comme spectacle. Johanne Totunov, assermentée comme témoin à charge, a sept ans d'expérience environ comme danseuse nue à Montréal et a travaillé au Pussy Cat comme danseuse. Elle a déposé qu'elle n'avait jamais vu une danseuse utiliser un vibreur au cours d'une danse nue dans un club. Or, il s'agissait d'une pratique courante au Pussy Cat, et d'un aspect important du spectacle qui modifie la nature de l'activité de la danseuse, telle que perçue par le client, d'une danse au caractère érotique en un acte qui se rapproche plus de la démonstration d'une activité sexuelle. Le spectacle ne suggérait pas seulement une image sexuelle et une sexualité, mais il consistait en un acte sexuel. Parce qu'un vibreur est utilisé aux fins de la stimulation, il s'agit en fait de masturbation, du point de vue de la danseuse, plutôt que de la simple simulation d'un état d'excitation ou de stimulation. Compte tenu même seulement de la nature de la représentation donnée par la danseuse, l'activité en question se distingue nettement de celles qui sont exécutées et tolérées ailleurs.

Les témoignages des agents Rochon et Cormier ne permettent pas de conclure que les gestes des danseuses au Pussy Cat étaient suffisamment semblables en nature aux gestes des danseuses exécutés et tolérés ailleurs pour respecter la norme de tolérance de la société. L'agent Rochon, qui n'a pas été contredit à cet égard, a indiqué que les actes qu'il a observés au Pussy Cat différaient de ceux qu'il avait vus ailleurs. Son opinion porte sur la nature des actes, considérés dans l'ensemble. Aucune preuve ne démontre qu'il a vu des danseuses utiliser des vibreurs pour se masturber, et il n'a pas déclaré que d'autres danses réunissaient tous les éléments de la représentation donnée au Pussy Cat. Le fait qu'il ait témoigné en contre-

cross-examination that a number of the parts of the performance at the Pussy Cat Club were equivalent to acts which formed a part of performances he had seen elsewhere, does not detract from his overall assessment.

Constable Cormier gave evidence based on approximately one hundred visits to nude dance clubs which he had made during five and a half years of service with the drug and morals division. His testimony was that, when seen as a whole, the dancing at the Pussy Cat Club was not like that which he had seen elsewhere. In particular, he testified that he had never seen dancers touching their genitals in the way they did at the Pussy Cat. He stated that if he had seen such activity, he would have intervened to do what was "necessary", meaning at a minimum, to issue a warning. This evidence confirms that even the activity of the dancer, considered alone, was not similar to the performances of dancers which were found to occur and be tolerated elsewhere.

In *R. v. Butler, supra*, at p. 517, I had occasion to note that the way in which a representation occurs can contribute to harmfulness or a lack of tolerance by the community. This case does not concern the depiction of acts of masturbation, or a movie of a dancer, for example, but those activities themselves. The client was not a passive observer of a spectacle. It makes the activities in question less an erotic portrayal, and more like a sexual encounter. The importance of such a distinction, and how it bears on the tolerance that persons may have towards the acts in question, is illustrated by the testimony of Dr. Campbell. The only direct evidence which Dr. Campbell gives regarding tolerance relates to that of persons in the neighbourhood of the Club towards the acts that occurred there. It suggests that their tolerance is based upon, and indeed limited to, the performance of acts where the client would be a mere passive observer:

[TRANSLATION] Once he knew what was happening, they appeared to me—"Well, okay, that's what's going on!"—they wondered—it was not clear in their minds whether this was prostitution with sexual intercourse,

interrogatoire que certaines parties des représentations données au Pussy Cat étaient identiques à des actes faisant partie de spectacles qu'il avait vus ailleurs, ne change en rien son évaluation globale.

L'agent Cormier a fondé son témoignage sur approximativement cent visites effectuées dans des clubs de danseuses nues au cours des cinq années et demie passées au sein de l'unité des drogues et de la moralité. Il a témoigné que, dans l'ensemble, la danse exécutée au Pussy Cat ne s'apparentait pas à ce qu'il avait vu ailleurs. En particulier, il a déposé qu'il n'avait jamais vu les danseuses toucher leurs organes génitaux comme elles le faisaient au Pussy Cat. Il a indiqué que, s'il avait vu une telle activité, il serait intervenu et aurait fait le «nécessaire», c'est-à-dire aurait au moins donné un avertissement. Son témoignage confirme que même l'activité de la danseuse considérée seule n'était pas semblable aux représentations données ailleurs par des danseuses et qui y étaient tolérées.

Dans l'arrêt *R. c. Butler*, précité, à la p. 517, j'ai eu l'occasion de signaler que le mode de représentation peut contribuer au caractère préjudiciable ou au manque de tolérance de la société. L'espèce ne vise pas la représentation d'actes de masturbation ou un film représentant une danseuse, par exemple, mais ces activités elles-mêmes. Le client n'était pas un témoin passif d'un spectacle. Les activités en question consistent donc moins en un portrait érotique qu'en une rencontre sexuelle. L'importance d'une telle distinction, et ses conséquences sur le degré de tolérance que la société peut avoir envers les actes en question, est illustrée par le témoignage de M. Campbell. La seule preuve directe que M. Campbell donne relativement à la tolérance porte sur celle des personnes dans les environs du Club à l'égard des actes qui y prennent place. Il laisse entendre que leur tolérance est fondée sur, et en fait limitée à, la prestation d'actes dans le cadre de laquelle le client ne serait qu'un simple témoin passif:

Une fois qu'il savait ce qui se passait, ils m'ont paru: «Bon, okay, c'est ça qui se passe!», eux se demandaient, ce n'était pas clair dans leur tête si c'était de la prostitution avec relation sexuelle coïtale, ce n'était pas clair

that was not clear to them; they said to me, "So exactly what is it?", and I explained, "Well, as I understand it, they watch", and when I explained that they said "Yes, okay, now we understand, that's all right". Those were the only persons I contacted; there is my wife

This evidence suggests that there was some basis for the conclusion that the community was concerned about the activities occurring in the Club, but also that any tolerance that neighbours may have been shown to have had towards the Club did not account for the activity of the client.

The second aspect is the public character of the place in which the acts took place. The definition of a public place which is adopted in s. 197 of the *Criminal Code*, but also in s. 150 in relation to other offences, is very wide indeed. It includes all places to which the public have access, either as of right, or by express or implied invitation. It is true, as pointed out by Cory J., that there is a spectrum of situations or locales, some of which are more open and crowded than others. It is also true that this fact is relevant to the characterization of the acts in question, and that acts which occur in one sort of public place may be tolerated while those which occur in another may not be.

However, this does not mean that acts done in a public place that is less exposed than a school yard or a public park are equivalent to acts which are done in privacy. Cory J. correctly notes that the dancer would be the only one who would be exposed to the masturbation of the client, and that she was a consenting adult. On this basis, it is concluded that the acts were "relatively private". Although the relative privacy of an activity is relevant, as it may bear on the expectations of persons, for example, it is but one of many factors which must be considered. The division of what is private from what is public rests only in part on the number of persons who may witness the activities in question. It also rests upon the special set of expectations which the public rightly holds with regard to what activity will occur only in private, and what may occur in public. These expectations are not limited to those which may be justified on the

pour eux ça, ils me disaient: «Bien c'est quoi au juste?», ça fait que là j'ai expliqué: «Bien d'après ce que moi j'en comprends, c'est regarder», et là quand j'ai expliqué ça ils m'ont fait comme: «Oui, okay, là on voit, ça va». Ça c'est les seules personnes avec qui j'ai été en contact, il y a mon épouse . . .

On pourrait déduire du témoignage en question que les activités du Club suscitaient une certaine préoccupation dans la collectivité, mais également que toute tolérance que les voisins auraient pu démontrer à l'égard du Club ne concernait pas l'activité du client.

Le second aspect de l'acte incriminé vise la nature publique de l'endroit où il était accompli. La définition d'endroit public, adoptée à l'art. 197 du *Code criminel*, et à l'art. 150 en relation avec d'autres infractions, est effectivement très large. Elle vise tout lieu auquel le public a accès, de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. Certes, comme le souligne le juge Cory, il existe un éventail de situations ou d'endroits, certains étant plus ouverts et fréquentés que d'autres. Il est tout aussi vrai que ce fait est pertinent quant à la qualification des actes incriminés, et que les actes accomplis dans un endroit public peuvent être tolérés alors que ceux qui sont accomplis dans un autre endroit public peuvent ne pas l'être.

Toutefois, cela ne signifie pas que les actes accomplis dans un endroit public moins exposé aux regards qu'une cour d'école ou un parc public sont des actes exécutés en privé. Le juge Cory remarque à juste titre que la danseuse, une adulte consentante, serait la seule à être témoin de la masturbation du client. Pour cette raison, on conclut que les actes étaient accomplis dans une «relative intimité». Bien que la relative intimité d'une activité soit pertinente, puisqu'elle peut avoir des conséquences sur les attentes des gens, par exemple, elle n'est qu'un des nombreux facteurs à considérer. La distinction entre la nature privée et la nature publique d'un geste ne repose qu'en partie sur le nombre de personnes qui peuvent être témoins des activités en question. Elle repose également sur les attentes particulières et légitimes du public quant aux activités qui se produiront en privé seulement, et celles qui peuvent se produire en public. Ces

basis that there should be no direct exposure of persons, against their will, to the activities in question. They extend to the expectations which the public rightly has in relation to the sphere which is shared by each and every person. The public sphere is specially attended to by the law in general, and the *Criminal Code* in particular, because it is into that sphere that persons enter to earn a living, to conduct business, and to enjoy community life. As such, there are certain harms which occur only in the public realm and which are properly given particular attention as such. While exposure of persons is one of those harms, there are many others which are undoubtedly important, and they include exploitation, degradation, the undue commercialization of certain activities, and the dangers these harms entail.

The law regulates the activity occurring in the public sphere for these and many other reasons. One has to look no further than the structure of the law governing the activities associated with prostitution to gain an appreciation for the many varied interests of peace, security, and public order which are secured by the legal regime governing activity permitted in public. The *Criminal Code* makes special reference to the common bawdy-house because the activity occurring in those houses may well not be tolerated, regardless of the potential for direct exposure of the general public to the activity: a bawdy-house is "relatively private", but it is nonetheless singled out for special attention by the *Criminal Code*.

It is not necessary for the purposes of this appeal to address all the policy considerations which support the wide definition of what is a public place in the meaning which has been adopted in the *Code*. If the removal of the activity occurring in a common bawdy-house from the sight of the general public had of itself a great significance, there would be little need for s. 210 of the *Criminal Code*.

The third aspect of the activity which occurred at the Pussy Cat Club and which must be noted is

attentes ne se limitent pas à celles qui peuvent être justifiées pour le motif que des personnes ne devraient pas être témoins des activités en question contre leur gré. Elles s'étendent également aux attentes légitimes du public à l'égard de la sphère que tous partagent. Le droit en général et le *Code criminel* en particulier veillent expressément à la sphère publique puisque c'est là que les personnes gagnent leur vie, vaquent à leurs affaires et jouissent de la vie communautaire. Comme tel, certains préjudices se produisent seulement dans la sphère publique, et méritent de ce fait une attention particulière. Si l'étalage d'activités aux regards des gens constitue l'un de ces préjudices, il en existe de nombreux autres, certainement importants, qui comprennent l'exploitation, la dégradation, la commercialisation excessive de certaines activités et les dangers qu'elles entraînent.

C'est pour ces raisons et bien d'autres que le droit régit les activités qui se produisent dans la sphère publique. Il suffit de considérer la structure du droit gouvernant les activités liées à la prostitution pour apprécier les divers intérêts dans la paix, la sécurité et l'ordre public qui sont protégés par le régime juridique qui régit les activités permises en public. Le *Code criminel* mentionne expressément les maisons de débauche parce que l'activité qui y prend place peut fort bien ne pas être tolérée, indépendamment de la possibilité que le public en général soit directement exposé à l'activité: une maison de débauche offre une «relative intimité» et pourtant le *Code criminel* la différencie en lui prêtant une attention particulière.

Il n'est pas nécessaire aux fins du présent pourvoi de traiter de toutes les considérations de principe qui justifient une définition large de ce qui constitue un endroit public au sens du *Code*. Si le fait de retirer de la vue du grand public l'activité qui prend place dans une maison de débauche revêtait en lui-même une grande importance, l'art. 210 du *Code criminel* ne serait guère utile.

Le troisième aspect de l'activité qui prenait place au Pussy Cat et qu'il faut prendre en consi-

the activity of the client. There is no evidence which supports the conclusion that masturbation in a public place meets the standard of community tolerance. Reference was made by the trial judge to the evidence of Dr. Campbell, an expert witness, and the contents of the Fraser Committee. I have had occasion to note above that the evidence of Dr. Campbell which bears directly on the question of tolerance does not support the conclusion that acts of masturbation in public are tolerated, and indeed suggests the opposite. Further, the relevance of expert testimony with regard to the understanding of the community standard of tolerance is limited. This was recognized in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, at p. 515. Two aspects of that decision are relevant here. First, the opinion of experts is always subject to evaluation by the courts. Second, and more importantly, the kind of expert testimony which was at issue in that case was testimony by the Chairman of the Censor Board that a film called *Dracula Sucks*, the content of which gave rise to the litigation, did not fall below the contemporary community standard of tolerance. The evidence there bore directly on the matter before the Court. The evidence given by Dr. Campbell, who is concerned with human sexual behaviour and treatment of sexual problems, is very different. It relates essentially to the normality of the activity of masturbation which he considered was engaged in by a large portion of the population, but undoubtedly in a private place. While this testimony may bear on how persons may view private acts of masturbation, it is not relevant in the manner accepted at trial. Testimony that an activity is not a perversion may be directly relevant to excluding that activity from the category of those acts which would be indecent wherever they occurred. But such a narrow and straightforward inquiry is not what is at issue here. The normality of an act in private cannot be directly relied upon in establishing the tolerance of that act in public when, as here, the act is in part defined by its public character. All the circumstances of the act must be considered, and the act in all its features must be examined. There is no doubt that the very qualities of an act which make it normal in private may not make it normal in public. The normality of an activity undertaken

dération est l'activité du client. Aucune preuve ne permet de conclure que la masturbation dans un endroit public respecte la norme de tolérance de la société. Le juge du procès a mentionné le témoignage de M. Campbell, un témoin expert, et les constatations du Comité Fraser. J'ai souligné plus haut que la partie du témoignage de M. Campbell qui concerne directement la question de la tolérance ne permet pas de conclure que la masturbation en public est tolérée, et qu'elle semble en fait indiquer le contraire. En outre, la pertinence d'un témoignage d'expert relativement à la définition de la norme de tolérance de la société est limitée. C'est ce qu'on a reconnu dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, à la p. 515, dont deux aspects sont pertinents en l'espèce. Premièrement, l'opinion des experts est toujours sujette à une évaluation par les tribunaux. Deuxièmement, distinction encore plus importante, le témoignage d'expert en cause dans cette affaire, était la déposition du président de la Commission de censure selon laquelle le film *Dracula Sucks*, dont le contenu faisait l'objet du litige, n'outrepassait pas la norme contemporaine de tolérance de la société. Le témoignage portait directement sur la question soumise à la Cour. Or, en l'espèce, le témoignage de M. Campbell, qui porte sur les comportements sexuels chez l'être humain et le traitement de problèmes sexuels, est très différent. Il porte essentiellement sur la normalité de la masturbation qui, selon lui, est pratiquée par une grande partie de la population, bien que certainement dans un endroit privé. Si ce témoignage porte sur l'opinion des gens quant aux actes privés de masturbation, il n'est pas pertinent au sens où il a été accepté au procès. Il se peut que le témoignage qu'une activité n'est pas perverse soit directement pertinent pour l'exclure de la catégorie des actes qui seraient indécents indépendamment de l'endroit où ils se produisent. Mais il ne s'agit pas en l'espèce d'une analyse aussi restreinte et simple. On ne peut se fonder directement sur la normalité d'un acte accompli en privé pour établir le degré de tolérance dont cet acte sera l'objet s'il est accompli en public lorsque, comme en l'espèce, l'acte en question est en partie défini par sa nature publique. On doit en considérer toutes les circonstances et en examiner tous les aspects. Il n'y a

in private does not demonstrate that the same activity would be tolerated in public.

The evidence of Dr. Campbell is that masturbation *per se* is tolerated, and the only reference to the specific acts which occurred at the Pussy Cat Club concerns the toleration which persons would have of clients watching the dancers. Equally, his testimony that there would be a tendency for tolerance of the acts in question because of the public health risks which attend prostitution does not amount to an affirmation that masturbation in a public place is tolerated by the public.

For similar reasons, I am also of the view that the reliance placed by the trial judge on the contents of the Fraser Committee is misplaced. A general review of the nature of the sexual activity in its many facets with reference to various social problems associated with these activities is not the same as a review of the societal tolerance of acts of masturbation in public. The Fraser report does not address the latter issue.

Not only is there an absence of evidence supporting the conclusion that masturbation in a public place is tolerated, the relevant evidence in this case is to the contrary. On the basis that the client was in a state of undress, Ms. Totunov described the activity at the Pussy Cat Club as being not comparable to what was done in strip clubs because it was more "osé" or risqué. This testimony, particularly when viewed in light of the fact that not only did the clients undress but they also masturbated while in a state of undress, strongly supports the conclusion reached by both Constables that when the acts are seen as a whole, they are not similar in character to those acts apparently performed and tolerated in strip clubs.

As a result, when all the evidence is considered, there is no basis upon which the activity in question can be viewed as essentially the same as that which occurred in other establishments.

aucun doute que les qualités mêmes d'un acte qui en font un acte normal en privé n'en font pas nécessairement un acte normal en public. La normalité d'une activité exercée en privé n'établit pas que la même activité sera tolérée en public.

Selon le témoignage de M. Campbell, la masturbation en soi est tolérée, et la seule mention des actes précis accomplis au Pussy Cat concerne le degré de tolérance que les gens auraient à l'égard des clients qui regardent les danseuses. De même, son témoignage, suivant lequel on tendrait à tolérer les actes en question en raison des risques que constitue la prostitution pour la santé publique, ne revient pas à affirmer que la masturbation dans un endroit public est tolérée par le public.

Pour les mêmes raisons, je suis également d'avis que l'importance accordée par le juge du procès aux constatations du Comité Fraser est déplacée. Un examen général de la nature de l'activité sexuelle dans ses nombreuses facettes en fonction des différents problèmes sociaux liés à ces activités diffère d'un examen de la tolérance de la société à l'égard de la masturbation en public. Le rapport Fraser ne traite pas de cette dernière question.

Non seulement n'y a-t-il aucune preuve permettant de conclure que la masturbation dans un endroit public est tolérée, mais la preuve pertinente en l'espèce indique le contraire. Mme Totunov a indiqué que, puisque le client était dévêtu, l'activité observée au Pussy Cat ne se comparait pas à ce qui se faisait dans les clubs de danseuses nues parce que c'était plus osé. Ce témoignage, compte tenu surtout du fait que non seulement les clients se déshabillaient, mais ils se masturbaient lorsqu'ils étaient dévêtus, appuie fortement la conclusion tirée par les deux agents que, considérés dans l'ensemble, les actes ne sont pas de nature semblable aux actes apparemment exécutés et tolérés dans les clubs de danseuses nues.

En définitive, compte tenu de l'ensemble de la preuve, on ne peut considérer l'activité en question comme essentiellement semblable à celle qui prend place dans d'autres établissements.

The Court of Appeal referred to and followed its previous decision in *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109, a case involving masturbation of clients by masseuses in a massage parlour. Cory J. refers to that case, and distinguishes it, as he does *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, a decision of the Ontario Court of Appeal. While it is true that in both cases there was physical contact between the client and the woman offering services, the presence of physical contact did not in my view form the basis for the conclusion that masturbation in a place to which the public have access is indecent, or an act of prostitution. Indeed, the latter decision, which is referred to by the former case, relies upon the English authority of *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635. That case decided at pp. 637-38 that "prostitution is proved if it be shown that a woman offers her body commonly for lewdness for payment in return", intercourse was not a requirement. The law has never required that the most lewd form or variety of an activity which is not tolerated by the community occur in order that such activity be viewed as indecent. It does not do so here.

The decision of the Court of Appeal to reverse the conclusion of the trial judge was correctly based upon a reconsideration of the evidence, and an application of the law to the facts of this case. A conclusion that certain activities are indecent is one which is based on the facts, but in the final analysis is a question of law, since, as mentioned by Cory J. in his reasons at p. 958, "the decision whether (the acts in question are) tolerable according to Canadian community standards rests with the court".

In this case, a consideration of the evidence leads to the conclusion that there was a manifest error in the reasoning of the trial judge. I am in agreement with the decision of Brossard J.A. of the Court of Appeal, at (1991), 68 C.C.C. (3d) 439, at p. 446, that a consideration of the masturbation by the client leads by itself to the following conclusion:

La Cour d'appel a invoqué sa décision antérieure, qu'elle a suivie, dans *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109, affaire mettant en cause la masturbation de clients par des masseuses dans un salon de massage. Le juge Cory mentionne cette affaire, et établit une distinction, ainsi que pour l'arrêt *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, de la Cour d'appel de l'Ontario. Bien qu'il soit vrai que, dans ces deux affaires, il y avait eu contact physique entre le client et la femme offrant ses services, l'existence d'un contact physique ne constituait pas, à mon avis, le fondement de la conclusion que la masturbation dans un endroit auquel le public a accès est indécente ou constitue de la prostitution. En fait, l'arrêt *R. c. Lantay*, précité, auquel renvoie le premier arrêt, s'appuie sur l'arrêt anglais *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635, dans lequel on a décidé, aux pp. 637 et 638, que [TRADUCTION] «la prostitution est établie s'il est démontré qu'une femme offre son corps couramment pour des fins lubriques contre paiement», les rapports sexuels n'étant pas une condition. Le droit n'a jamais requis que la forme ou la variété la plus lubrique d'une activité qui n'est pas tolérée par la société se produise pour qu'une telle activité soit considérée comme indécente. Ce n'est pas le cas non plus ici.

La décision de la Cour d'appel d'infirmier la conclusion du juge du procès reposait à bon droit sur un réexamen de la preuve et une application du droit aux faits de l'espèce. La conclusion que certaines activités sont indécentes repose sur les faits, mais en fin de compte, c'est une question de droit puisque, comme le dit le juge Cory dans ses motifs à la p. 958, «il appartient à la cour de décider si (les actes en cause sont) tolérable(s) suivant les normes de la société canadienne».

En l'espèce, un examen de la preuve permet de conclure que le raisonnement du juge était manifestement erroné. Je souscris à la décision du juge Brossard de la Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 2766, à la p. 2776, suivant lequel, si on tient compte du fait que le client se masturbait, on ne peut que conclure:

(TRANSLATION) . . . in so far as it is not private in nature, carried out before a pure stranger, in a house [the public nature of which] is undeniable, and in a room where he can be seen by third parties, amply satisfies me so as to find the existence of acts of indecency.

In my view, the conclusion must be the same even if it is accepted that viewing by third parties would be limited to security and control purposes.

In the result, it is necessary to consider the arguments raised on behalf of the appellants by way of defences. These arguments were not dealt with below. They may, however, be briefly disposed of. The defences of lack of *mens rea* and officially induced error are put forward on the common basis that the appellants did not intend to break the law and were given reason, by official sources, to believe that they were not breaking the law. This basis cannot support a defence of lack of *mens rea* when, as here, the accused intended to do the acts they did and operate the Club in the way they did. As for the defence of officially induced error, it has no application to the facts of this case, for two reasons. First, the most convincing form of inducement referred to in this case, a licence which the appellants obtained, was for activities substantially different from those which ultimately occurred in the Pussy Cat Club, namely a "Bureau de conversations érotiques en personne" ([TRANSLATION] "Establishment for private erotic conversations"). A clear connection must exist between the inducement relied upon and the activity of the defendants. Second, the defence does not operate to prevent the courts from determining what activity is indecent. The application of the defence is usually limited to regulatory offences where the reliance placed on the inducement is more reasonable. For both these reasons, the defences raised in this case cannot succeed.

In the result, I would dismiss the appeal and affirm the decision of the Court of Appeal on the basis of the second issue, and direct that the matter be returned to the trial court for sentencing.

. . . dans la mesure où il n'a pas un caractère privé, exécuté devant une pure étrangère, dans une maison dont le caractère public est indéniable et dans une pièce où il peut être vu par des tiers, me suffit amplement pour conclure à l'existence d'actes d'indécence.

À mon avis, la conclusion demeure même si on accepte que l'observation par des tiers est limitée à des fins de sécurité et de surveillance.

Cela étant, il faut considérer les arguments soulevés au nom des appelants dans leur défense, sur lesquels les instances inférieures ne se sont pas prononcées. On peut toutefois les écarter brièvement. Les défenses d'absence de *mens rea* et d'erreur provoquée par les autorités sont avancées sur le fondement commun que les appelants n'avaient pas l'intention d'enfreindre la loi et ont été amenés par des sources officielles à croire qu'ils n'étaient pas en infraction. Ce motif ne peut étayer une défense d'absence de *mens rea* lorsque, comme en l'espèce, les accusés avaient l'intention d'accomplir les actes en question et d'exploiter le Club comme ils le faisaient. Quant à la défense d'erreur provoquée par les autorités, elle ne s'applique pas aux faits de l'espèce pour deux motifs. Premièrement, la plus convaincante forme d'incitation invoquée en l'espèce, un permis délivré aux appelants, couvrait des activités très différentes de celles qui ont finalement eu lieu au Pussy Cat, puisqu'il visait un «Bureau de conversations érotiques en personne». Un lien évident doit exister entre l'incitation invoquée et l'activité des défendeurs. En deuxième lieu, la défense n'a pas pour effet d'empêcher les tribunaux de décider du caractère indécent d'une activité. Une telle défense est généralement restreinte aux infractions de nature réglementaire, où la foi prêtée à l'incitation est plus raisonnable. Pour ces deux raisons, les défenses soulevées en l'espèce ne peuvent être retenues.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel eu égard à la deuxième question, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée au juge de première instance pour détermination de la peine.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

CORY J.—There are two principal issues raised on this appeal. The first is whether the Court of Appeal erred in setting aside the decision of the trial judge refusing to permit the Crown to amend substantially the charge late in the trial when virtually all the evidence had been called. The second is whether the acts described in the evidence should be considered as indecent when viewed in light of the current standard of community tolerance.

Factual Background

The appellants were charged with keeping a bawdy-house at 3668 Ontario St. E. for the purpose of the practice of acts of indecency contrary to s. 193(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 210(1).

An example of the wording of the charges faced by the appellants can be found in that brought against Robert Bourdeau:

[TRANSLATION] Robert Bourdeau, between March 22, 1988 and April 20, 1988, in Montreal, judicial district of Montreal, did unlawfully keep a common bawdy-house at 3668 Ontario East, by assisting the occupant of premises used for the purpose of the practice of acts of indecency contrary to s. 193(1) of the *Criminal Code*.

The address given is a house. Affixed to it is a small plaque stating simply the "Pussy Cat". Advertisements appeared in Montreal newspapers giving the name and address of the house and stating that nude dancers would perform for individual clients in a private setting. There were apparently no complaints about the operation of the house from either neighbours or clients.

When a client came to the premises, he was allowed to select a dancer from pictures which were shown to him. He was told that there was to be absolutely no touching; he could not touch the dancer, nor could she touch him.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant la décision du juge du procès de ne pas autoriser le ministère public à modifier substantiellement l'acte d'accusation à un stade avancé du procès, lorsque presque tous les éléments de preuve avaient été présentés? Deuxièmement, les actes dont la preuve a fait état doivent-ils être qualifiés d'indécents compte tenu de la norme de tolérance de la société?

Les faits

Les appelants ont été accusés d'avoir tenu une maison de débauche au 3668, rue Ontario est, à des fins de pratique d'actes d'indécence, en contravention au par. 193(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 210(1).

Voici un exemple des accusations portées contre les appelants, soit le libellé de l'accusation visant Robert Bourdeau:

Robert Bourdeau, entre le 22 mars 1988 et le 20 avril 1988 à Montréal, district judiciaire de Montréal, a illégalement tenu une maison de débauche au 3668 Ontario est, et ce, en aidant l'occupant d'un local utilisé à des fins de pratique d'actes d'indécence, en contravention à l'article 193-1 du Code Criminel.

L'adresse en question est celle d'une maison privée. À l'entrée, une petite plaque mentionne simplement «Pussy Cat». Les annonces publicitaires parues dans certains journaux de Montréal donnaient le nom et l'adresse de l'endroit et précisaient que des danseuses nues s'y produisaient à l'intention de clients individuels, en privé. Aucun voisin ou client n'aurait formulé de plainte concernant les activités exercées dans les lieux.

Lorsqu'un client se présentait, il était invité à choisir une danseuse à partir d'un jeu de photos. Il était informé que tout contact physique était formellement interdit; il ne pouvait toucher la danseuse, et celle-ci ne pouvait le toucher.

The client would be taken to a private room that was furnished with a mattress and a chair. In that room the selected dancer would, for a fee of \$40, undress and perform an erotic dance for the client on the mattress. For an additional fee of \$10 the dancer would caress herself with a vibrator while she danced. During the course of the performance the dancer would assume a variety of suggestive positions while caressing herself in simulated or actual masturbation. The clients were invited to remove their clothes. The evidence disclosed that the majority of them masturbated while the dancer performed.

The rule against physical contact was strictly enforced. There was a small hole the size of a coin located in the wall of each room. This permitted the owners of the establishment to ensure that the rule was respected. The hole in the wall served no other purpose than surveillance by the management. There is certainly no indication that it was used by voyeurs.

The Crown sought to amend the charge by deleting the words "the practice of indecency". The trial judge refused this motion. The Crown then asked that the charge be amended to include the words "practice of prostitution". This motion too was denied on the same grounds as the first, namely that it would cause serious prejudice to the accused.

After the trial was completed, the decision was reserved. On November 9, 1988, Fontaine M.C.J. of the Municipal Court acquitted all the appellants. The Crown launched an appeal and on September 17, 1991 the Court of Appeal of Quebec allowed the appeal, set aside the acquittals and convicted the appellants on the charges brought against them.

Judgments in the Courts Below

Municipal Court (Fontaine M.C.J.), [1989] R.J.Q. 217

Le client était ensuite amené dans une pièce individuelle meublée d'un matelas et d'un fauteuil. C'est dans cette pièce que, moyennant 40 \$, la danseuse choisie se déshabillait, puis exécutait une danse érotique sur le matelas, à l'intention du client. Pour 10 \$ de plus, la danseuse se caressait à l'aide d'un vibreur pendant l'exécution de la danse. Elle adoptait en outre diverses positions suggestives tout en se masturbant ou en feignant de le faire. Le client était invité à se dévêtir, et la preuve révèle que la plupart des clients se masturbaient pendant la prestation de la danseuse.

La règle interdisant tout contact physique était appliquée strictement. Dans chacune des chambres, une petite ouverture de la grosseur d'une pièce de monnaie avait été pratiquée dans le mur et permettait aux propriétaires de l'établissement de s'assurer que la règle était respectée. Le judas en question ne servait qu'à la surveillance par la direction. La preuve ne permet pas de conclure qu'il servait à des fins de voyeurisme.

Le ministère public a présenté une requête tendant à modifier l'acte d'accusation par la suppression des mots «pratique d'actes d'indécence». Le juge du procès a rejeté la requête. Le ministère public a ensuite demandé l'autorisation de modifier l'acte d'accusation pour y ajouter les mots «pratique de la prostitution». Cette requête a également été rejetée pour les mêmes motifs que la première, c'est-à-dire parce que la modification aurait causé un préjudice grave aux accusés.

À l'issue du procès, le juge a réservé sa décision. Le 9 novembre 1988, le juge Fontaine de la Cour municipale a acquitté tous les appelants. Le 17 septembre 1991, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé les acquittements et déclaré les appelants coupables des accusations portées contre eux.

Les juridictions inférieures

La Cour municipale (le juge Fontaine), [1989] R.J.Q. 217

For Fontaine M.C.J. the key issue was whether the Pussy Cat constituted a “bawdy-house” as those words were defined in the *Criminal Code* and in the case law. He noted that there was no evidence either that the house had a reputation for debauchery or that there had been any complaints made about it by local residents. The house appeared to be a private dwelling bearing the small plaque with the words the “Pussy Cat”. In his view it therefore did not come within the definition of a bawdy-house that was explored in *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157.

He then reviewed the evidence that was presented in order to determine whether the activities in the Pussy Cat were indecent. He relied upon the testimony of an expert witness called by the defence. The witness testified that the acts were not indecent but rather were examples of nonpathological voyeurism and exhibitionism and as such, they were tolerated by the community provided they were performed in private. As well the trial judge referred to the Fraser Committee report on pornography.

The trial judge carefully considered the test for indecency set out in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, in these words at p. 224:

[TRANSLATION] If we apply the information gathered by the Fraser Committee to the case of the Pussy Cat, we can quite readily and logically conclude that the Canadian community in general is prepared to accept that acts of masturbation do *not exceed the standards of decency*, provided there is no contact between the persons and provided they are between consenting adults in private, even if the premises are open to the public.

This is particularly so as there is no violence connected with these activities of sexual self-stimulation and self-gratification and, as the expert witness Dr. Campbell explained, in the circumstances in which they take place this is neither sexual deviance nor a degrading act; although of course part of the public may well disagree with such activities, the fact remains that it is prepared to tolerate other persons engaging in them in private and discreetly, with no coercion and without

Pour le juge Fontaine, le litige résidait essentiellement dans la question de savoir si le Pussy Cat constituait une «maison de débauche» au sens du *Code criminel* et de la jurisprudence. Il a signalé que, selon la preuve, l'établissement n'avait pas la réputation d'être un lieu de débauche et qu'aucun voisin n'avait formulé de plainte à son égard. L'établissement semblait être une maison d'habitation, si ce n'est qu'une petite plaque mentionnait «Pussy Cat». Selon le juge Fontaine, il ne s'agissait donc pas d'une maison de débauche au sens étudié dans l'arrêt *Patterson c. The Queen*, [1968] R.C.S. 157.

Il a ensuite examiné la preuve présentée afin de déterminer si les actes accomplis au Pussy Cat étaient indécents. Il s'est appuyé à cet égard sur le témoignage de l'expert assigné par la défense. Ce dernier a témoigné que les actes incriminés n'étaient pas indécents, qu'il s'agissait plutôt de manifestations non pathologiques de voyeurisme et d'exhibitionnisme et que, à ce titre, les actes en cause étaient tolérés par la société dans la mesure où ils étaient accomplis en privé. Le juge du procès a également fait mention du rapport du Comité Fraser sur la pornographie.

Le juge du procès a par ailleurs examiné attentivement le critère relatif à l'indécence établi dans *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, et voici quelles ont été ses observations, à la p. 224:

Si on applique les renseignements recueillis par la Commission Fraser au cas du Pussy Cat, nous pouvons en déduire assez facilement et logiquement que l'ensemble de la communauté canadienne est prête à tolérer que des actes de masturbation, sans qu'il y ait de contact entre les personnes et entre adultes consentants, qui ont lieu privément même si le local est ouvert au public, *n'excèdent pas les standards de la décence*.

D'autant plus qu'il n'y a pas de violence combinée à ces activités d'autostimulation et d'autogratification sexuelles et que, comme l'a expliqué le témoin expert, le D^r Campbell, dans le contexte dans lequel elles se déroulent, il ne s'agit là ni de déviation sexuelle ni d'acte dégradant, même s'il est entendu qu'une partie de la population peut très bien ne pas être d'accord avec ces activités, il n'en demeure pas moins qu'elle est prête à tolérer que d'autres personnes les exercent d'une

disturbing individuals who do not agree with such activities or do not wish to take part in them. [Emphasis in original.]

Fontaine M.C.J. found that: (1) the evidence indicated that the clients of the Pussy Cat knew exactly what awaited them; (2) none of them was shocked by what happened in there; (3) the acts of self masturbation were consented to by the adults present; (4) the nude dancing performed at the Pussy Cat was the same as nude dance shows performed in bars in which the dancers touched their bodies and which were not interfered with by the police; (5) there had been no complaints by any private citizens about the activities in the Pussy Cat; and finally, (6) the acts engaged in at the Pussy Cat were not pathological and were tolerated by the community. He concluded that in these circumstances the acts were not indecent acts and therefore, the Pussy Cat was not a common bawdy-house.

Court of Appeal (1991), 68 C.C.C. (3d) 439, [1991] R.J.Q. 2766

Brossard J.A. (for the majority)

Brossard J.A. found that the conclusions drawn by the expert witness with regard to the nature of the sexual activities which took place at the Pussy Cat and their therapeutic value was not relevant in determining the only issue in the appeal—whether masturbation in a public place constituted an act of indecency. He noted that the expert did not make a comment on this issue. In his opinion both the Crown and the defence witnesses devoted a great deal more time to the analysis of the dancer's movements than those of the client. He stated at p. 446:

(TRANSLATION) In my view, I do not even believe it necessary to characterize the acts done by the dancer. The act done by the client, in so far as it is not private in nature, carried out before a pure stranger, in a house whose public nature is undeniable, and in a room where he can be seen by third parties, amply satisfies me so as to find the existence of acts of indecency. I cannot otherwise characterize the sexual act of masturbation done

façon privée et discrète, sans coercition aucune et sans déranger les citoyens qui ne sont pas d'accord avec ces activités ou qui ne désirent pas y participer. [En italique dans l'original.]

^a

Le juge Fontaine en est arrivé à la conclusion 1) que selon la preuve, les clients du Pussy Cat savaient exactement à quoi s'attendre, 2) qu'aucun d'eux n'a été choqué par ce qui se passait dans cet établissement, 3) que les adultes présents avaient consenti aux actes d'automasturbation, 4) que le spectacle des danseuses nues au Pussy Cat était de la même nature que celui exécuté dans les clubs où les danseuses touchent à certaines parties de leur anatomie et que la police tolère, 5) qu'aucun citoyen ne s'était plaint des activités du Pussy Cat et, enfin, 6) que les actes accomplis au Pussy Cat n'étaient pas pathologiques et étaient tolérés par la société. Vu les circonstances, il a statué que les actes en cause n'étaient pas indécents et que, par conséquent, le Pussy Cat n'était pas une maison de débauche.

^b

^c

^d

^e

La Cour d'appel, [1991] R.J.Q. 2766

Le juge Brossard (au nom de la majorité)

^f

Le juge Brossard a statué que les conclusions tirées par le témoin expert relativement à la nature des activités à caractère sexuel qui se déroulaient au Pussy Cat et à leur valeur thérapeutique ne devaient pas être prises en considération aux fins de trancher la seule question faisant l'objet du pourvoi, savoir si la masturbation dans un endroit public constitue un acte d'indécence. Il a fait remarquer que l'expert n'avait pas formulé d'observations à ce sujet. À son avis, tant les témoins du ministère public que ceux de la défense ont analysé davantage les gestes de la danseuse que ceux du client. Il a dit, à la p. 2776:

^g

^h

ⁱ

^j

Quant à moi, je ne crois même pas nécessaire de qualifier les gestes posés par la danseuse. Celui posé par le client, dans la mesure où il n'a pas un caractère privé, exécuté devant une pure étrangère, dans une maison dont le caractère public est indéniable et dans une pièce où il peut être vu par des tiers, me suffit amplement pour conclure à l'existence d'actes d'indécence. Je ne peux qualifier autrement l'acte sexuel de masturbation par un

by a man in a place where he can be seen and/or observed by pure strangers.

homme dans un endroit où il peut être vu et/ou observé par de purs étrangers.

In the absence of proof to the contrary, he concluded that masturbation in a location other than the privacy of a room in one's home, must be considered an act which exceeded the standards of community tolerance.

^a Vu l'absence de preuve contraire, il a conclu que la masturbation qui n'avait pas lieu dans l'intimité d'une pièce, chez soi, outrepassa la norme de tolérance de la société.

^b

With respect to the amendments to the charges, Brossard J.A. concluded that they would not create any prejudice to the appellants. In his opinion, the trial judge should not, at the amendment stage, have considered whether the evidence entered to that point was sufficient to convict the appellants of prostitution. On this point, Brossard J.A. decided that there was evidence of prostitution. He concluded that, under the circumstances, an amendment which limited the charge to the keeping of a common bawdy-house when the specific provision of the *Code* provided that the premises would meet the definition if they were used either for the purposes of acts of indecency or prostitution was appropriate.

^c Quant aux modifications proposées à l'égard des actes d'accusation, le juge Brossard a statué qu'elles n'auraient causé aucun préjudice aux appelants. Selon lui, le juge du procès n'aurait pas dû, au stade de la demande de modification, se demander si la preuve présentée était suffisante pour que les appelants soient déclarés coupables de prostitution. Il a statué, à cet égard, qu'il y avait preuve de prostitution. Dans les circonstances, il a conclu que la modification ayant pour effet de limiter l'accusation à la tenue d'une maison de débauche était opportune, dans la mesure où la disposition applicable du *Code* prévoit que les lieux sont visés par la définition s'ils sont utilisés soit pour la pratique d'actes d'indécence soit à des fins de prostitution.

^f

Brossard J.A. turned finally to the question of whether the acts in question constituted acts of prostitution. He determined that all of the classic elements of prostitution were present: solicitation, lewd and even indecent gestures by the dancer to entice the client, sexual gratification of the client and all of this for remuneration. Nonetheless, he inquired whether physical contact was necessary for there to be prostitution. He referred to the decisions in *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635, *R. v. Webb*, [1963] 3 W.L.R. 638, and *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, and concluded that it was not.

^g Le juge Brossard a finalement examiné la question de savoir si les actes incriminés constituent de la prostitution. Il a conclu que tous les éléments caractéristiques de la prostitution étaient réunis, soit la sollicitation, les gestes lascifs, voire indécents, de la danseuse en vue de provoquer le client et la gratification sexuelle de celui-ci, le tout contre rémunération. Il s'est néanmoins demandé si le contact physique est un élément essentiel de la prostitution. Il a cité les arrêts *R. c. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635, *R. c. Webb*, [1963], 3 W.L.R. 638 et *R. c. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270, et il a conclu que ce n'est pas le cas.

Accordingly, Brossard J.A. concluded that the Pussy Cat was a common bawdy-house for the purpose of committing indecent acts as well as prostitution.

^j En conséquence, le juge Brossard a conclu que le Pussy Cat était une maison de débauche tenue pour la pratique d'actes d'indécence et à des fins de prostitution.

Proulx J.A. (concurring reasons)

Proulx J.A. allowed the appeal for reasons that were, in part, different from those of Brossard J.A.

With respect to the request to amend the charges presented by the Crown, Proulx J.A. concluded that the trial judge erred in deciding a procedural matter on the basis of his assessment of the merits of the issue. On the issue of prejudice, he determined that the amendment would not affect the fairness of the trial since its only effect would be to enlarge the scope of the debate on issues of law which had not already been broached.

Proulx J.A. considered prostitution to be the sale of sexual favours or the offering of sexual services in exchange for payment by another. In his view, it is not necessary for there to be complete sexual relations between the service provider and the client in order to constitute prostitution. He concluded that both the offer of sexual services in the newspaper advertisement and the provision of services by the dancer to her client established that the Pussy Cat was a common bawdy-house for the purposes of acts of prostitution.

Points in Issue

1. Did the Court of Appeal err in law when it decided that the amendments to the charge proposed by the Crown should have been permitted by the trial judge?
2. Did the Court of Appeal err in law in its conclusion that the impugned acts were indecent in light of the standard of community tolerance?

Analysis*Should the Information have been Amended?*

The Crown brought two motions to amend the information pertaining to each of the appellants. They were brought very late in the trial after all the

Le juge Proulx (motifs concordants)

Le juge Proulx a accueilli l'appel pour des motifs partiellement différents de ceux du juge Brossard.

En ce qui concerne la demande de modification des actes d'accusation présentée par le ministère public, le juge Proulx a conclu que le juge du procès a commis une erreur en tranchant une question de procédure à partir de son évaluation du fond de la question. Quant à la question du préjudice, il a estimé que la modification n'aurait pas porté atteinte à l'équité du procès car la seule conséquence de la modification aurait été, selon lui, d'élargir le débat juridique qui n'avait pas encore été entamé.

D'après le juge Proulx, la prostitution consiste en la vente de faveurs sexuelles ou l'offre par une personne de ses services sexuels en échange de paiement par une autre. Il n'est pas nécessaire, selon lui, qu'il y ait une relation sexuelle complète entre le fournisseur du service et le client pour qu'il s'agisse de prostitution. Il en est arrivé à la conclusion que l'offre de services sexuels dans les pages publicitaires d'un journal et la fourniture de tels services au client par la danseuse établissent que le Pussy Cat était une maison de débauche tenue à des fins de prostitution.

Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que le juge du procès aurait dû autoriser la modification de l'acte d'accusation proposée par le ministère public?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que les actes reprochés étaient indécents, compte tenu de la norme de tolérance de la société?

Analyse*La dénonciation aurait-elle dû être modifiée?*

Le ministère public a présenté deux requêtes en modification de la dénonciation visant chacun des appelants. Ces requêtes ont été formulées à un

evidence to be called on behalf of the appellants had been submitted. All that remained was for the Crown to tender evidence as to whether Robert Bourdeau was a “keeper” within the meaning of the section.

In the first motion for amendments, the Crown requested that the words “utilisé à des fins de pratique d’actes d’indécence” ([TRANSLATION] “used for the practice of acts of indecency”) be struck from the information. The trial judge rejected this motion stating that if he granted it, the accused would suffer prejudice. He put his position in this way:

[TRANSLATION] . . . one of the reasons which I see that could cause prejudice to the defence is that all the . . . all these accused persons, from the time — and even if you say “Well, your Honour, we are offering, the Crown is offering the defence an adjournment”, for say a month to prepare the defence — all the accused from the outset have obviously focused their defence on and in terms of the charges brought against them, and so in terms of premises which were a common bawdy-house, premises used for the practice of acts of indecency; and when premises are kept in that way, there is a defence which is possible. . . .

The Crown’s second motion was to include the words “utilisés à des fins de prostitution et pour la pratique d’actes d’indécence” ([TRANSLATION] “used for purposes of prostitution and for the practice of acts of indecency”) in the informations for each of the accused. This second motion was also rejected. The trial judge again noted the prejudice that would result to the accused if such an amendment were to be made at this late stage of the trial. He also found that the evidence did not support the claim that the Pussy Cat was being kept for the purpose of prostitution. The Court of Appeal disagreed with the trial judge on both of these points.

The *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529(3) (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 123) and (4) (now ss. 601(3) and (4)), provides for the amendment of a charge in these terms:

stade très avancé du procès, après que tous les éléments de preuve des appelants eurent été présentés. Il ne restait plus au ministère public qu’à prouver que Robert Bourdeau était un «tenancier» au sens de la disposition pertinente.

Aux termes de la première requête, le ministère public demandait que les mots «utilisé à des fins de pratique d’actes d’indécence» soient retranchés de la dénonciation. Le juge du procès a rejeté la requête en précisant que, s’il y faisait droit, les accusés subiraient un préjudice. Voici comment il a justifié sa décision:

. . . une des raisons, moi, que je vois qui pourrait causer un préjudice à la défense c’est que tous les [. . .] toutes ces personnes accusées, à partir du moment, et même si vous dites: «Parfait, Monsieur le Juge, on offre, la couronne offre à la défense un ajournement», mettons qu’il serait d’un mois pour préparer la défense, tous les accusés depuis le début ont évidemment orienté leur défense en vertu et en fonction des dénonciations qui étaient rédigées, donc en fonction d’un local qui était une maison de débauche, local utilisé à des fins de pratique d’actes d’indécence. Et lorsqu’on tient un local de cette façon-là il y a une défense qui est possible. . . .

La seconde requête en modification visait à ajouter les mots «utilisé à des fins de prostitution et pour la pratique d’actes d’indécence» dans la dénonciation afférente à chacun des accusés. Elle a également été rejetée. Le juge du procès a de nouveau insisté sur le préjudice qui serait causé aux accusés si la modification était autorisée à ce stade avancé du procès. Il a également conclu que la preuve n’était pas la prétention voulant que le Pussy Cat ait été tenu à des fins de prostitution. La Cour d’appel a exprimé son désaccord avec le juge du procès sur ces deux points.

Le *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 529(3) (mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 123) et (4) (maintenant par. 601(3) et (4)), prévoit la modification d’un acte d’accusation:

529. . . .

(3) Subject to this section, a court shall, at any stage of the proceedings, amend the indictment or a count therein as may be necessary where it appears

(a) that the indictment has been preferred under a particular Act of Parliament instead of another Act of Parliament;

(b) that the indictment or a count thereof

(i) fails to state or states defectively anything that is requisite to constitute the offence,

(ii) does not negative an exception that should be negated,

(iii) is in any way defective in substance,

and the matters to be alleged in the proposed amendment are disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry or on the trial; or

(c) that the indictment or a count thereof is in any way defective in form.

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made, consider

(a) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry,

(b) the evidence taken on the trial, if any,

(c) the circumstances of the case,

(d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3), and

(e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

By virtue of this section, the courts now possess reasonably wide powers of amendment. Yet, it remains an important principle of criminal law that persons accused of a crime must know the charge brought against them in order to present a full answer and defence (*Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2). A court cannot amend an information or indictment where to do so would cause irreparable prejudice (*R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097). Moreover, a court cannot amend an information

529. . . .

(3) Sous réserve du présent article, une cour doit, à tout stade des procédures, modifier l'acte d'accusation ou un des chefs qu'il contient, selon qu'il est nécessaire, lorsqu'il paraît

a) que l'acte d'accusation a été présenté en vertu d'une loi du Parlement au lieu d'une autre;

b) que l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs

(i) n'énonce pas ou énonce défectueusement quelque chose qui est nécessaire pour constituer l'infraction,

(ii) ne réfute pas une exception qui devrait être réfutée,

(iii) est de quelque façon défectueux en substance,

et que les choses devant être alléguées dans la modification projetée sont révélées par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire ou au procès; ou

c) que l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs comporte un vice de forme quelconque.

(4) La cour doit, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite, examiner

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire,

b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est,

c) les circonstances de l'espèce,

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3), et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

Ces dispositions confèrent au tribunal des pouvoirs de modification assez étendus. Cependant, un important principe du droit pénal demeure. En effet, la personne accusée d'un crime doit être informée de l'accusation qui pèse contre elle afin qu'elle puisse présenter une défense pleine et entière (*Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2). Le tribunal ne peut modifier la dénonciation ou l'acte d'accusation lorsqu'il en résulterait un préjudice irréparable (*R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097).

unless the evidence tendered is capable of supporting such a charge.

In the present case it is not necessary to consider whether evidence of prostitution was disclosed during the trial. The prejudice that granting the amendment would cause the appellants is determinative of the issue.

When the motion for the amendment was brought it was obvious that the appellants had prepared their defence on the basis that the acts performed were not indecent. In light of the wording of the original charge the appellants quite properly prepared their entire defence on this issue. This can be seen from the careful and lengthy testimony provided by the expert witness on this very question. To have permitted the amendment at this stage would have caused irreparable prejudice to the appellants. Perhaps much earlier in the trial proceedings it might have been appropriate to allow the proposed amendment provided an adequate adjournment was granted to the appellants to prepare their defence to meet the amended charges. Undoubtedly, the appellants would have needed time to consider their position and to consult and retain experts with regard to the issue as to whether the acts constituted prostitution. That, of course, is speculation. It is sufficient to say that, in the circumstances of this case, the trial judge was correct in his conclusion that to grant the amendment at this late stage would have caused irreparable prejudice to the appellants.

Further, in my view, it was inappropriate for the Court of Appeal to grant the amendment. It is, I think, an extraordinary step for an appellate court to amend the charge materially and then to enter a conviction on the basis of the charge as amended. The unfairness that results from such a procedure was aptly described by Zuber J.A. in *R. v. Geavreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75 (Ont. C.A.). At page 84 he wrote:

En outre, le tribunal ne peut modifier la dénonciation que si les éléments de preuve présentés peuvent appuyer l'accusation en cause.

^a Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de déterminer si une preuve relative à la prostitution a été présentée pendant le procès. C'est le préjudice qui aurait été causé aux appelants si la modification ^b avait été accordée qui est déterminant.

Lorsque la requête en modification a été présentée, les appelants avaient de toute évidence préparé leur défense de manière à établir que les actes reprochés n'étaient pas indécents. Vu le libellé de l'accusation initiale, les appelants avaient, à juste titre, axé toute leur défense sur ce point. Qu'il suffise de mentionner, à titre d'exemple, le témoignage long et minutieux du témoin expert sur la question. Autoriser la modification à ce stade aurait causé un préjudice irréparable aux appelants. Il aurait peut-être été opportun de faire droit à la demande de modification si elle avait été formulée ^e beaucoup plus tôt au cours des procédures, pourvu qu'un ajournement ait été accordé afin de permettre aux appelants de préparer leur défense en fonction des accusations modifiées. Manifestement, les appelants auraient eu besoin de temps pour réévaluer leur position et pour consulter des experts et retenir leurs services relativement à la question de savoir si les actes reprochés constituaient de la prostitution. Tout cela n'est évidemment que spéculation. Il suffit de dire que, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès a eu raison de conclure qu'autoriser la modification à ce stade avancé de l'instance aurait causé aux appelants un préjudice irréparable. ^h

En outre, il était inopportun, selon moi, que la Cour d'appel autorise la modification. Je crois que le fait pour une cour d'appel de modifier substantiellement l'acte d'accusation et de prononcer une déclaration de culpabilité à partir de l'acte d'accusation ainsi modifié constitue une mesure exceptionnelle. Dans *R. c. Geavreau* (1979), 51 C.C.C. (2d) 75 (C.A. Ont.), le juge Zuber fait état avec justesse de l'iniquité qui résulte d'une telle procédure. Il a écrit (à la p. 84):

It is part of our law of criminal procedure that a person accused of crime is entitled to know the charge against him, whether contained in an information or an indictment, in reasonably specific terms and he is tried on that charge. This principle retains its vitality even though the formalism of an earlier era has been diminished and trial Courts now possess reasonably wide powers of amendment. However, even though criminal procedure has become less technical and more flexible, the concept of an amendment at an appellate stage involves difficult considerations. An amendment at trial contemplates a continuing ability by the accused to meet an amended charge; the appellate stage occurs long after the evidence has been led, arguments made and facts found. In my view, it would be an extraordinary step for an appellate Court to materially amend the charge and uphold a conviction based on the charge as amended. I would think that such an extraordinary step would require the clearest statutory basis.

Were the Acts in the Circumstances in Which They Were Committed Indecent?

(i) The Nature of the Acts in Question

After being informed about the rules of the premises and having chosen the picture of the dancer he wished to meet, the client was ushered to the room where the performance was to take place. The sole occupants were the dancer and the client. In the room the dancer once again explained that there was to be no physical contact.

During the course of the 20-minute performance the dancer talked about sex, took off her clothes and caressed her body, including her genitals (with or without the vibrator, depending on the client's choice). Several witnesses testified that the only difference between the performance by the dancers in the Pussy Cat and that of dancers performing in the strip bars was that the client was permitted to take off his clothes and masturbate. The actions and movements of the nude dancers performing in

[TRADUCTION] Les règles de procédure pénale portent que la personne qui est accusée d'un crime a le droit d'être informée de l'accusation qui pèse contre elle, que ce soit dans la dénonciation ou dans l'acte d'accusation, de manière raisonnablement précise, et que le procès se fonde sur cette accusation. Ce principe demeure applicable même si le formalisme d'antan a fléchi et même si les cours de justice ont désormais des pouvoirs étendus en matière de modification. Toutefois, bien que la procédure pénale soit devenue moins formaliste et plus souple, la modification au stade de l'appel pose des problèmes. En effet, une modification au procès suppose que l'accusé demeure en mesure de faire face à l'accusation modifiée. Or, l'audition de l'appel intervient longtemps après que la preuve et les arguments ont été présentés et que les faits ont été établis. J'estime que le fait pour une cour d'appel de modifier substantiellement l'accusation et de prononcer une déclaration de culpabilité à partir de l'acte d'accusation ainsi modifié constitue une mesure exceptionnelle. Il me semble qu'une telle mesure doit s'appuyer sur des dispositions législatives des plus claires.

Les actes étaient-ils indécents vu les circonstances?

(i) La nature des actes en cause

Après avoir été informé des règles applicables dans l'établissement et après avoir choisi la photo de la danseuse dont il souhaitait obtenir les services, le client était conduit dans la pièce où le spectacle devait avoir lieu. Les seules personnes alors présentes étaient la danseuse et le client. Une fois dans la pièce, la danseuse expliquait à nouveau au client qu'il ne devait y avoir aucun contact physique entre eux.

Pendant sa prestation d'une vingtaine de minutes, la danseuse parlait de sexe, enlevait ses vêtements et se caressait le corps, y compris les parties génitales (avec ou sans vibreur, au gré du client). Plusieurs témoins ont déposé que la seule différence entre le spectacle des danseuses du Pussy Cat et celui présenté dans les clubs de danseuses nues était que, dans le premier cas, le client pouvait se dévêtir et se masturber. Or, les gestes et les mouvements des danseuses nues qui se produi-

bars were not subject to any police action. The issue is, therefore, whether the acts performed in the Pussy Cat were indecent.

(ii) The Appropriate Test to Determine Indecency: The Community Standard of Tolerance

In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, Lamer J. (as he then was), stated at p. 1159 that in determining whether an act is indecent the “community standard of tolerance” test should be applied. That test is similar to the one used in obscenity cases. When applied to the issue of indecency, the community standard test, enunciated in *Towne Cinema Theatres Ltd.*, *supra*, involves an analysis of the impugned acts in light of the following considerations at p. 508:

... (i) [there are] accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community [which should not be exceeded]; (ii) [these] standards must be contemporary as times change and ideas change with them, one manifestation being the relative freedom with which the whole question of sex is discussed; (iii) it is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community...; (iv) the decision whether [the acts in question are] tolerable according to Canadian community standards rests with the court; (v) the task is to determine in an objective way what is tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely to project one’s own personal ideas of what is tolerable.

In discussing the meaning of community standard of tolerance in *Towne Cinema Theatres Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. at p. 508 stated:

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. [Emphasis in original.]

sent dans les clubs ne suscitent aucune intervention policière. La question est donc de déterminer si les actes accomplis au Pussy Cat étaient indécents.

(ii) Le critère permettant de conclure à l’indécence: la norme de tolérance de la société

Dans *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a dit que, à la p. 1159, aux fins de déterminer si un acte est indécents, il fallait appliquer le critère de la «norme de tolérance de la société». Ce critère est semblable à celui utilisé en matière d’obscénité. Le critère de la norme de tolérance de la société applicable à l’égard de l’indécence, énoncé dans l’arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité, requiert l’analyse des actes reprochés en fonction des éléments suivants, à la p. 508:

... (i) [il y a des] normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine [qui ne doivent pas être outrepassées]; (ii) il doit s’agir de normes contemporaines vu que les temps et les idées changent comme en fait foi la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles; (iii) il faut tenir compte des normes de l’ensemble de la société et non des normes d’une fraction de la société...; (iv) il appartient à la cour de décider si [les actes en cause sont] tolérable[s] suivant les normes de la société canadienne; (v) il incombe de décider d’une manière objective ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et non simplement d’appliquer sa propre conception de ce qui est tolérable.

Dans son analyse du sens de la norme de tolérance de la société dans l’arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson dit, à la p. 508:

Tous les arrêts soulignent que la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n’est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c’est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d’autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu’ils le voient. [En italique dans l’original.]

In the same case, Wilson J. provided a helpful distinction between tolerance and taste at p. 522:

The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "toleration" as "the action or practice of tolerating or allowing what is not actually approved." It is apparent from this definition that there is a distinction between that which is not approved and that which is not to be tolerated.

Wilson J., at p. 523, quoted with approval from the decision of *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont.), at p. 173. There Borins Co. Ct. J. made the following assessment in relation to what may be described as "sex films":

In my opinion, contemporary community standards would tolerate the distribution of films which consist substantially of scenes of people engaged in sexual intercourse. Contemporary community standards would also tolerate the distribution of films which consist of scenes of group sex, lesbianism, fellatio, cunnilingus, and anal sex. However, films which consist substantially or partially of scenes which portray violence and cruelty in conjunction with sex, particularly where the performance of indignities degrades and dehumanizes the people upon whom they are performed, exceed the level of community tolerance.

Wilson J. then continued at p. 523:

In drawing this distinction I do not think that Borins Co. Ct. J. was suggesting that the average Canadian finds the former type of film to his or her taste or that such films are inoffensive to most Canadians. Rather, I think that Borins Co. Ct. J. recognized that whether or not Canadians found the former type of films distasteful, they were prepared to tolerate their being shown.

More recently in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, this Court considered the community standard of tolerance in order to determine whether the pornographic material in question constituted such an undue exploitation of sex that it could be labelled obscene. In that case one of the issues the Court considered was when a work might cease to be art and becomes, instead, obscene. Sopinka J. concluded that the final determination of that question might lie with the degree of harm which could

Dans la même affaire, le juge Wilson établit, à la p. 522, une distinction utile entre la tolérance et le goût:

Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit «tolérance» (*toleration*) comme «l'acte ou le fait de tolérer ou de permettre ce qui n'est pas réellement approuvé». Il ressort de cette définition qu'il existe une distinction entre ce qui n'est pas approuvé et ce qui n'est pas toléré.

Le juge Wilson cite ensuite, en l'approuvant, à la p. 523, la décision *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d), 154 (Ont.), à la p. 173. Dans cette décision, le juge Borins de la Cour de comté fait l'analyse suivante relativement à ce qu'on peut appeler des «films de sexe»:

[TRADUCTION] À mon avis, les normes sociales contemporaines permettent de tolérer la distribution de films qui comportent essentiellement des scènes où des personnes ont des rapports sexuels. Les normes sociales contemporaines toléreraient aussi la distribution de films qui comportent des scènes d'orgie sexuelle, de lesbianisme, de fellation, de cunnilingus et de sodomie. Toutefois, les films qui comportent essentiellement ou partiellement des scènes de sexe accompagnées de violence et de cruauté, en particulier lorsque l'accomplissement d'outrages a pour effet de dégrader et de déshumaniser les personnes qui les subissent, excèdent le seuil de tolérance sociale.

Le juge Wilson poursuit ensuite à la p. 523:

Je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Borins ait suggéré que la Canadienne ou le Canadien moyen trouve ce genre de film à son goût ou que ces films ne choquent pas la plupart des Canadiens. Je crois plutôt que le juge Borins a reconnu que, indépendamment de savoir si les Canadiens trouvent ce genre de films déplaisant, ils sont prêts à tolérer leur présentation.

Plus récemment, dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour a examiné la question de la norme de tolérance de la société pour déterminer si le matériel pornographique en cause constituait une exploitation indue des choses sexuelles au point d'être qualifié d'obscène. La Cour s'est notamment prononcée sur le moment où une œuvre cesse d'être artistique pour devenir obscène. Le juge Sopinka arrive à la conclusion que le critère déterminant à cet égard est le degré de préju-

result from public exposure to the impugned material. At page 485 he stated:

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm the lesser the likelihood of tolerance. The inference may be drawn from the material itself or from the material and other evidence. Similarly evidence as to the community standards is desirable but not essential.

That same consideration of the degree of harm which may flow from the questioned work must also be relevant to the determination of the community standard of tolerance with respect to acts which are said to be indecent.

(iii) The Circumstances Surrounding the Act; that is to say the Context in Which it Took Place

In any consideration of the indecency of an act, the circumstances which surround the performance of the act must be taken into account. Acts do not take place in a vacuum. The community standard of tolerance is that of the whole community. However just what the community will tolerate will vary with the place in which the acts take place and the composition of the audience. For example, entertainment which may be tolerated by the community as appropriate for the patrons of a bar may well be completely inappropriate for an audience of high school students. What is acceptable in a stage production performed for adults may be completely unacceptable if performed for elementary school pupils in a school auditorium. As well, the nature of the warning or notice that is given of the performance may be of significance. No one is compelled to attend a performance of a nude dancer. Nor could it be said that members of the

dice qui peut résulter de la présentation au public du matériel en cause. Il précise ce qui suit à la p. 485:

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle.

La même question du degré de préjudice pouvant résulter de l'œuvre incriminée doit également être prise en considération aux fins de déterminer la norme de tolérance de la société applicable aux actes qualifiés d'indécents.

(iii) Les circonstances dans lesquelles l'acte est accompli

Pour déterminer si un acte est indécent, il faut tenir compte du contexte dans lequel il intervient, car un acte n'est jamais accompli dans le vide absolu. La norme de tolérance de la société est celle de l'ensemble de la société. Toutefois, ce que la société peut tolérer variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire. Par exemple, un spectacle que la société peut tolérer comme convenant à la clientèle d'un club peut ne pas convenir du tout aux élèves d'une école secondaire. Ce qui est acceptable dans le cadre d'un spectacle sur scène destiné à un public adulte peut être totalement inacceptable si le spectacle est présenté dans la salle d'une école à des élèves du niveau élémentaire. De même, la nature de l'avertissement ou de l'avis qui est donné relativement au spectacle peut être importante, nul n'étant tenu d'assister au spectacle d'une danseuse nue. On ne peut non plus invoquer la surprise des

audience were surprised by the performance if notice of the nature of the dancing has been given. Further, the purpose of the performance may be a factor to be taken into account. See for example the reasons of Holden J.A. in *R. v. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (Ont. C.A.), and Martin J.A. in *R. v. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324 (Ont. C.A.).

A number of cases have properly taken into account the surrounding circumstances in determining whether the acts were indecent. In *R. v. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.) (Ont. Prov. Ct., Crim. Div.), the question was whether a performance in a licensed tavern by a professional singer, dancer and burlesque performer offended the community standards of tolerance. During the course of the performance, the dancer removed all of her clothing except her boots and a g-string while singing a song. She gave the appearance of pressing her breasts and her genitals against a vertical pole. Nosanchuk Prov. Ct. J. stated, in my view correctly, that the following factors were significant in his decision that the performance did not offend the community standards of tolerance:

- 1) The performance took place in a licenced [*sic*] tavern, publicly advertised as an adult entertainment lounge;
- 2) The prospective patrons were forewarned to stop if offended by total nudity;
- 3) The accused was a professionally trained singer, dancer and actress who had appeared in such a capacity in various parts of the United States, Canada, Australia, England and Japan;
- 4) The accused enjoyed a celebrity status which resulted in her being a guest on national network television programs hosted by entertainers well known to the North American public;
- 5) The performance was described in the prosecution evidence as essentially funny, upbeat and comic;
- 6) The singing and dancing was described as professional and the gestures of the hands and legs and the dancing was in rhythm;
- 7) The entire act was described as well rehearsed;

spectateurs lorsqu'ils ont été avisés de la nature du spectacle. En outre, le but de la prestation peut être un facteur à prendre en considération. Se reporter, par exemple, aux motifs du juge Holden dans *R. c. MacLean and MacLean (No. 2)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 412 (C.A. Ont.), et à ceux du juge Martin dans *R. c. Giambalvo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Ont.).

^b Dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont, à juste titre, tenu compte des circonstances pour déterminer si les actes en cause étaient indécents. Dans *R. c. Traynor*, [1987] O.J. No. 1943 (Q.L.) (C. prov. Ont., Div. crim.), le tribunal était appelé à déterminer si le spectacle présenté dans un débit de boissons par une chanteuse, également danseuse et effeuilleuse, outrepassait la norme de tolérance de la société. Pendant son spectacle, la danseuse enlevait tous ses vêtements, à l'exception de ses bottes et d'un cache-sexe, tout en interprétant une chanson. Elle donnait l'impression de presser ses seins et son sexe contre une barre verticale. Le juge Nosanchuk, de la Cour provinciale, a tenu compte, à juste titre selon moi, des facteurs suivants pour décider que le spectacle n'allait pas à l'encontre de la norme de tolérance de la société:

[TRADUCTION]

- ^f 1) Le spectacle avait lieu dans un débit de boissons considéré, selon la publicité, comme un lieu de spectacles pour adultes.
- ^g 2) Il était recommandé aux clients que la nudité aurait pu choquer de ne pas entrer.
- ^h 3) L'accusée était une chanteuse, danseuse et artiste de métier qui se produisait à ce titre à divers endroits aux États-Unis, au Canada, en Australie, en Angleterre et au Japon.
- ⁱ 4) L'accusée jouissait d'une certaine renommée, ce qui lui avait valu d'être invitée à participer à des émissions de télévision animées par des artistes bien connus du public nord-américain et diffusées sur le réseau national.
- ^j 5) Selon la preuve de la poursuite, le spectacle était essentiellement amusant, divertissant et humoristique.
- 6) Le chant et la danse étaient jugés professionnels, et le mouvement des mains et des jambes, ainsi que les pas de danse, étaient rythmés.
- 7) Le numéro dans son ensemble semblait bien rodé.

8) The audience was appreciative and well behaved;

9) The performance of the accused essentially went no further than exposing her bare breasts and vagina to the patrons in the course of the dance and doing other gyrating motions on the stage.

Thus, the trial judge held that while there were undoubtedly Canadians who would not approve of the type of performance given by the accused, and would find it distasteful, offensive or unacceptable, it did not offend the community standards of tolerance.

In *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77, [1986] R.J.Q. 595, the Quebec Superior Court used the contextual approach to determine whether the showing at a bar of a video tape which displayed scenes of cunnilingus, fellatio, lesbianism and sexual penetration while nude dancers performed on stage offended the community standards of tolerance. The participants in the video were all nude. On occasion there were close-up shots of the genitals of the man and of the woman. In one scene a woman introduced the handle of a feather duster into her vagina. Another showed a woman observing the sexual antics of the participants and demonstrating by the movement of her hand on her body that they were a source of pleasurable stimulation for her.

In determining what the appropriate level of community standard of tolerance would be in the context of these specific facts, Boilard J. stated at p. 89 that:

(TRANSLATION) ... indecency concerns sexual behaviour or its representation which is neither obscene nor immoral but inappropriate according to the Canadian standards of tolerance because of the context in which it takes place. In other words, indecency is not a function of the behaviour itself but rather of the circumstances in which it takes place.

He held that the audience, the place and the context of the representation were essential elements in the determination of indecency. Thus, although he was personally disgusted by the performance, he found that in the context in which it was per-

8) L'auditoire aimait bien le numéro et se comportait correctement.

9) Essentiellement, l'accusée se limitait à montrer ses seins et son sexe à l'auditoire tout en dansant et à faire d'autres mouvements de rotation sur la scène.

Ainsi, le juge du procès a statué que même s'il y avait certainement des Canadiens qui n'approuveraient pas le genre de spectacle exécuté par l'accusée et qui le trouveraient de mauvais goût, offensant ou inacceptable, le numéro en question n'outrepassait pas la norme de tolérance de la société.

Dans *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595, la Cour supérieure du Québec a eu recours à une analyse contextuelle pour déterminer si la projection, dans un club, d'une vidéocassette montrant des scènes de cunnilingus, de fellation, de lesbianisme et de pénétration sexuelle, pendant que des femmes nues dansaient sur scène, outrepassait la norme de tolérance de la société. Dans le film vidéo, les participants étaient nus et, parfois, les organes génitaux des hommes et des femmes étaient montrés en gros plan. Une scène en particulier montrait une femme introduisant dans son vagin le manche d'un plumeau. Dans une autre, une femme observait les ébats sexuels des participants et montrait, en caressant son corps avec sa main, que ces ébats étaient une source de stimulation pour elle.

Pour déterminer quelle est la norme de tolérance de la société appropriée dans ce cas précis, le juge Boilard a dit à la p. 604:

... l'indécence vise le comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ou immoral mais inapproprié selon les normes canadiennes de tolérance à cause du contexte où il survient. En d'autres termes, l'indécence ne provient pas du comportement lui-même mais plutôt des circonstances où il se produit.

Il a conclu que l'auditoire, le lieu et le contexte étaient des éléments essentiels dont il fallait tenir compte pour déterminer s'il y avait indécence. Malgré le dégoût qu'il lui inspirait personnellement, le spectacle, selon le juge Boilard, n'outre-

formed it would not have offended the community's level of tolerance.

Other cases in which the circumstances surrounding the act were determinative of the issue of indecency include *R. v. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168 (Ont. Prov. Ct.), *R. v. Sequin*, [1969] 2 C.C.C. 150 (Ont. Co. Ct.), and *R. v. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446 (Ont. Co. Ct.).

The Appropriate Consideration of the Evidence in this Case

In this case the trial judge properly recognized that the appropriate standard is not what the community would applaud, appreciate or even accept but rather, the much less stringent standard of community tolerance. He wrote at p. 223:

[TRANSLATION] Applying this test to the present case, one can say the following: what matters and what is relevant is not what individual Canadians approve for themselves, it is what individual Canadians are prepared to tolerate as an activity in a particular place, without it being shocking, revolting or degrading.

In reaching his decision with regard to the objective standard of community tolerance, the trial judge relied on three sources of evidence. They were first the expert testimony of Dr. Michel Campbell, a psychologist, sexologist and professor at the University of Quebec in Montreal; secondly, the Fraser Committee study on Pornography and Prostitution in Canada and thirdly, the testimony of a former employee of the Pussy Cat and of a police officer who attended at the premises. This approach is eminently reasonable and in accordance with the conclusions of this Court in *Towne Cinema Theatres Ltd.*, *supra*. There it was held that the use of expert evidence to assess the community standard of tolerance is certainly advisable. Let us then first consider the testimony of Dr. Campbell.

passait pas la norme de tolérance de la société vu le contexte dans lequel il était présenté.

Les circonstances entourant les actes reprochés ont également été décisives dans d'autres affaires, dont les suivantes, aux fins de déterminer s'il y avait indécence: *R. c. Kleppe* (1977), 35 C.C.C. (2d) 168 (C. prov. Ont.), *R. c. Sequin*, [1969] 2 C.C.C. 150 (C. cté Ont.), et *R. c. Belanger* (1980), 5 W.C.B. 446 (C. cté Ont.).

L'examen des éléments de preuve en l'espèce

Dans la présente affaire, le juge du procès a, à juste titre, reconnu que la norme applicable ne correspond pas à ce que la société acclamerait, aimerait ou même accepterait, mais plutôt à ce qu'elle tolérerait, ce qui est une norme beaucoup moins exigeante. Voici ce qu'il dit à ce sujet, à la p. 223:

En appliquant ce test au cas présent, on peut dire ce qui suit: ce qui importe et ce qui est pertinent ce n'est pas ce que les citoyens canadiens approuvent pour eux-mêmes, c'est ce que les citoyens canadiens sont prêts à tolérer comme activité dans un endroit, sans que ceci soit choquant, révoltant ou dégradant.

Pour rendre sa décision concernant le critère objectif de la norme de tolérance de la société, le juge du procès s'est fondé sur trois éléments de preuve. Premièrement, le témoignage de l'expert, Michel Campbell, psychologue, sexologue et professeur à l'Université du Québec à Montréal; deuxièmement, le rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution au Canada; troisièmement, le témoignage d'une ancienne employée du Pussy Cat et celui d'un policier qui avait visité les lieux. Cette démarche est tout à fait raisonnable et conforme aux conclusions de notre Cour dans *Towne Cinema Theatres Ltd.*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a en effet statué qu'il était parfaitement légitime de recourir au témoignage d'un expert pour déterminer quelle est la norme de tolérance de la société. Examinons tout d'abord le témoignage de M. Campbell.

(i) Dr. Campbell's Evidence

Dr. Campbell gave a lengthy and detailed explanation of human sexual behaviour and attitudes. He testified that the incidents of masturbation had increased to where it can now be said that some 90 percent of all men and 50 percent of all women engage in masturbation. In his view the increase was due to a change in attitudes and beliefs which have progressed from the view that masturbation was a harmful activity to the present opinion that for most people masturbation is a healthy and acceptable behaviour.

In the opinion of Dr. Campbell the acts performed in the Pussy Cat were non-pathological acts of voyeurism and exhibitionism which did not cause harm to anyone. He went further and described the acts as constituting "safe sex" since sexually transmitted diseases could obviously not be contracted through this kind of activity. He also testified that the acts in question were neither degrading nor dehumanizing; nor were they perverse. He thus concluded that the acts were not likely to exceed the standards of tolerance of the majority of the Canadian population.

He further expressed the view that Canadians would be more likely to tolerate the activities conducted in the Pussy Cat than acts of prostitution the classic sense involving sexual intercourse, since the public health risks were obviously much less. Furthermore, the fact that the activities in question involved consensual and heterosexual adults increased the likelihood that they would be tolerated.

Unlike the Court of Appeal, I am of the view that it was entirely appropriate for the trial judge to take into account the expert testimony of Dr. Campbell in determining the community standard of tolerance. That testimony was relevant and helpful in arriving at an objective appreciation as to what types of sexual behaviour would be tolerated by the Canadian public. It was on the basis of the statistics provided by Dr. Campbell, which indicated that most Canadians engage in masturbation, that the trial judge concluded that the average Canadian was more likely to tolerate activities

(i) Le témoignage de M. Campbell

M. Campbell a longuement témoigné et donné des explications détaillées concernant les pratiques et les comportements sexuels chez l'être humain. Il a précisé que, de nos jours, environ 90 p. 100 des hommes et 50 p. 100 des femmes se masturbent. Selon lui, l'accroissement du nombre de personnes pratiquant la masturbation est attribuable à un changement au chapitre des mentalités et des croyances, c'est-à-dire que la plupart des gens ne considèrent plus qu'il s'agit d'une activité nuisible, mais plutôt d'un comportement sain et acceptable.

Selon M. Campbell, les actes accomplis au Pussy Cat étaient des manifestations non pathologiques de voyeurisme et d'exhibitionisme qui ne nuisaient à personne. Il a qualifié les actes de «safe sex» puisque aucune maladie transmissible sexuellement ne peut être contractée par ce genre d'activité. Il a précisé, en outre, que les actes reprochés n'étaient pas dégradants ou déshumanisants, non plus que pervers. Il a donc conclu que les actes n'outrepassaient vraisemblablement pas la norme de tolérance de la majorité des Canadiens.

Il a par ailleurs exprimé l'opinion que les Canadiens seraient plus enclins à tolérer les activités du Pussy Cat que la prostitution classique comportant des relations sexuelles, les risques pour la santé publique étant de toute évidence beaucoup moindres dans le premier cas. En outre, le fait que les actes en cause étaient accomplis par des adultes hétérosexuels consentants augmentait la probabilité qu'ils soient tolérés.

Contrairement à la Cour d'appel, je suis d'avis qu'il était tout à fait approprié que le juge du procès tienne compte du témoignage d'expert de M. Campbell pour déterminer quelle était la norme de tolérance de la société. Ce témoignage était pertinent et utile aux fins d'apprécier, de manière objective, quels genres de comportements sexuels seraient tolérés par les Canadiens. C'est à partir des statistiques fournies par M. Campbell, selon lesquelles la plupart des Canadiens s'adonnent à la masturbation, que le juge du procès a conclu que la Canadienne ou le Canadien moyen était plus enclin

which were similar to those in which they engaged in themselves. Obviously, any perception of what would be tolerated will very properly be influenced by what is perceived as normal. What is normal will, in turn, depend upon the extent to which that same activity is engaged in by others. If the act in question is one that is performed by the majority in the community then it is impossible to say that the act itself would not be tolerated by the community. It can then only be the "where" and "when" of the performance of the act, that is to say its surrounding circumstances, that could lead to its being found to be outside the range of community tolerance and therefore indecent. Thus, once the act itself is found to be tolerated then the inquiry must focus on the circumstances surrounding its performance. It was then appropriate and reasonable for the trial judge to take into account and rely upon the expert evidence of Dr. Campbell.

I am supported in this view by the conclusions of Dubin J.A. as he then was in *R. v. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642. In that case the trial judge had ruled as inadmissible the testimony of a duly-qualified psychiatrist who stated that depending on the circumstances, an act of cunnilingus as a preliminary to sexual intercourse was perfectly normal and was practised by a large proportion of the population. He also testified that it was a practice which had been increasing in use over the past 20 years. In reversing the trial judge's decision to exclude the evidence, Dubin J.A. stated at pp. 649-50:

Attitudes relating to sexual behaviour are constantly changing. In determining whether the conduct of the accused was a very marked departure from decent conduct, it would have been of great assistance to the jury to have been apprised by an admittedly qualified expert as to sexual practices being carried on in this country, which are not regarded by many as abnormal or perverted. In the absence of such evidence the jury would be left to make the determination dependent solely on their own private views and their own experience.

à tolérer des activités qui s'apparentaient aux siennes. On tend évidemment à tolérer, fort légitimement, les activités que l'on juge normales, et une activité est jugée normale dans la mesure où elle est pratiquée par d'autres. Lorsque la majorité des gens pratiquent une activité donnée, il devient impossible de prétendre que celle-ci ne serait pas tolérée par la société. Seuls le lieu et le contexte dans lesquels il est accompli peut faire en sorte qu'un acte outre passe la norme de tolérance de la société et soit, par conséquent, indécent. Ainsi, une fois qu'il est établi que l'acte comme tel est toléré, il faut examiner les circonstances dans lesquelles il se produit. Il était donc approprié et raisonnable que le juge du procès tienne compte du témoignage de M. Campbell à titre d'expert et se fie à celui-ci.

Je m'appuie à cet égard sur les conclusions tirées par le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario (maintenant juge en chef de l'Ontario) dans *R. c. St. Pierre* (1974), 3 O.R. (2d) 642. Dans cette affaire, le juge du procès a conclu à l'irrecevabilité du témoignage d'un psychiatre compétent voulant que, selon les circonstances, le cunnilingus, comme préliminaire à une relation sexuelle, soit tout à fait normal et qu'une grande partie de la population le pratique. Le psychiatre avait ajouté que le recours à cette pratique s'était accru au cours des vingt dernières années. Renversant la décision du juge du procès qui écartait le témoignage de l'expert, le juge Dubin a dit, aux pp. 649 et 650:

[TRADUCTION] Les attitudes vis-à-vis des comportements sexuels sont en constante évolution. Pour déterminer si la conduite de l'accusé se démarque sensiblement de ce qui est jugé décent, les membres du jury auraient tiré grand avantage du témoignage d'un expert compétent (et considéré comme tel par les deux parties) concernant les pratiques sexuelles qui ont cours au pays et qu'un grand nombre de personnes ne jugent pas anormales ou perverses. Vu l'absence d'un tel témoignage, le jury en est réduit à se fonder sur ses propres opinions et ses expériences personnelles.

(ii) The Report of the Fraser Committee on Pornography and Prostitution

The trial judge also made use of the report drafted by the Fraser Committee on Pornography and Prostitution (Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution (1985)). This committee was established by the Government of Canada to study the problems associated with pornography and prostitution and to carry out a program of socio-legal research in support of their work. It held public hearings and private sessions from coast to coast seeking the views of individuals and groups of Canadians.

In addition, in order to assist the Committee in its efforts to understand the current situation with respect to pornography and prostitution in Canada, the Department of Justice commissioned a number of studies, one of which was the National Population Study. In this study a sample of 2,018 Canadians, representative of all parts of the country except the Yukon and Northwest Territories, answered questions about pornography. Once again I believe that the trial judge was correct in relying upon the Fraser Committee Report and the studies it had reviewed. I would agree with the trial judge's statement at p. 224 that:

[TRANSLATION] . . . *the recommendations of this Committee are a valuable and important tool for measuring the threshold of tolerance of Canadians in general for phenomena such as pornography, prostitution or bawdy-houses, which it goes without saying clearly includes the phenomenon of what is indecent or what is not.*

What matters for the Court is to note that in 1985 the community threshold of tolerance was measured quite adequately by the Fraser Committee, even though the recommendations made were not adopted by Parliament. *The Court may therefore take this study into consideration as one factor by which it can measure the standards of the Canadian community with respect to "indecent acts" which may be tolerated in so-called "bawdy-houses".* [Emphasis in original.]

(ii) Le rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution

Le juge du procès a également fondé sa décision sur le rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution (Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et la prostitution (1985)). Ce comité a été mis sur pied par le gouvernement du Canada afin d'étudier les problèmes liés à la pornographie et à la prostitution et de mettre en œuvre un programme de recherche socio-juridique à l'appui de ses travaux. Il a tenu des audiences publiques ainsi que des séances en privé, d'un océan à l'autre, de manière à recueillir les points de vue de particuliers et de différents groupes au Canada.

De plus, dans le but de permettre au Comité de comprendre la situation actuelle de la pornographie et de la prostitution au Canada, le ministère de la Justice a commandé un certain nombre d'études, et l'une d'entre elles a été réalisée à partir d'un échantillon de 2 018 Canadiens de toutes les régions du pays, sauf le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, qui ont répondu à des questions portant sur la pornographie. Je crois à nouveau que le juge du procès a eu raison de se fier au rapport du Comité Fraser et aux études qu'il a examinées. Je suis en effet d'accord avec les propos suivants qu'il a tenus à cet égard, à la p. 224:

. . . *les recommandations de ce comité constituent un instrument valable et important pour mesurer le seuil de tolérance de l'ensemble des citoyens canadiens face à des phénomènes comme la pornographie, la prostitution ou les maisons de débauche, ce qui inclut évidemment, il va sans dire, le phénomène de ce qui est indécent ou de ce qui ne l'est pas.*

Ce qui importe pour le Tribunal, c'est de constater qu'en 1985 le seuil de tolérance de la communauté a été mesuré d'une façon assez adéquate par la Commission Fraser, et ce, même si les recommandations qui étaient formulées n'ont pas été entérinées par le législateur. *Le Tribunal peut donc tenir compte de cette étude comme un des éléments permettant de mesurer les standards de la communauté canadienne face aux «actes indécents» qui peuvent être tolérés dans des maisons dites «maisons de débauche». [En italique dans l'original.]*

(iii) Testimony regarding Police Tolerance of the Performance of Dances at Bars Which were Similar to Those Performed at the Pussy Cat

The respondent contended that the trial judge erred in taking into consideration the apparent police tolerance of nude dancing in strip clubs across Canada where the acts performed were very similar to those performed in the Pussy Cat. The respondent argued that the trial judge did not base his conclusions regarding police tolerance on any evidence that was presented at trial and that indeed, there was evidence to the contrary. Reference was made to the testimony of Constable Claude Cormier who stated that when he saw nude dancing of the kind undertaken at the Pussy Cat, he did [TRANSLATION] "what was necessary".

However, the transcripts reveal that there was, in fact, testimony given by Johanne Totunov and Constable Gilles Rochon, both of whom were witnesses for the Crown, which indicated that there was a wide degree of police tolerance for "dancing" which simulated sexual activity and which was similar to that performed at the Pussy Cat. The evidence quite clearly suggests that strip tease or nude dances in which the dancer caressed her own genitals and simulated orgasms were tolerated by the police. Although evidence of police acceptance of the impugned conduct is not determinative of the community standard of tolerance, it is, nonetheless, a useful indication of what that standard might be.

Constable Gilles Rochon, one of the police officers who attended at the Pussy Cat, first denied that he had witnessed dancing of a similar nature to that performed in the Pussy Cat. However, when cross-examined by defence counsel, he admitted that he had seen dancers in strip clubs lying on the stage, spreading their legs, caressing their genitals, breasts and simulating orgasms. It would appear that the performance at the Pussy Cat was no more graphic or sexually specific, that is to say, no

(iii) Les témoignages concernant la tolérance policière à l'égard des spectacles de danseuses présentés dans les clubs et apparentés à ceux du Pussy Cat

L'intimée fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de la tolérance dont semble faire preuve la police à l'égard des spectacles de danseuses nues présentés dans les clubs, d'un bout à l'autre du pays, alors que les actes qui y sont accomplis s'apparentent à ceux qui avaient cours au Pussy Cat. Elle soutient que le juge du procès n'a pas fondé ses conclusions concernant la tolérance policière sur la preuve présentée au procès et que, en réalité, il existait des éléments de preuve contraire. Elle a cité le témoignage de l'agent Claude Cormier qui a dit que, lorsqu'il voyait des spectacles de danseuses nues du genre de ceux présentés au Pussy Cat, il faisait «le nécessaire».

Toutefois, la transcription révèle que selon la déposition de deux témoins du ministère public, Johanne Totunov et l'agent Gilles Rochon, il existait une assez grande tolérance policière à l'égard de la «danse» simulant l'activité sexuelle, comme celle présentée au Pussy Cat. Il ressort nettement de la preuve que la police tolérait les spectacles d'effeuilleuses ou de danseuses nues où celles-ci caressaient leurs propres organes génitaux et feignaient l'orgasme. Bien que la preuve de l'acceptation par la police de la conduite reprochée ne puisse servir à déterminer la norme de tolérance de la société, elle constitue néanmoins un indice utile de cette norme.

L'un des policiers qui s'étaient rendus au Pussy Cat, l'agent Gilles Rochon, a tout d'abord nié avoir assisté à des numéros de danse semblables à ceux exécutés au Pussy Cat. Contre-interrogé par l'avocat de la défense, il a cependant admis par la suite avoir déjà vu, dans certains clubs, des danseuses s'allonger sur la scène, écarter les jambes, se caresser le sexe et les seins, et feindre l'orgasme. Il semblerait que le spectacle présenté au Pussy Cat n'était pas plus cru ou sexuellement

worse than the dancing the police tolerated at the strip bars.

As well, Johanne Totunov, a former employee of the Pussy Cat and a former nude dancer in Montreal, testified that it was her experience that the practice of touching the breasts, buttocks and even, at times, the genitals, was something which had become tolerated by the Montreal police.

Finally, I would note that Constable Gilles Rochon testified that on various occasions he had viewed video films depicting graphic sexual scenes involving anal and vaginal penetration, masturbation, cunnilingus and fellatio in several strip bars without concluding that charges should be brought.

Thus, there was ample evidence upon which the trial judge could properly base his conclusion that activities similar to those engaged in at the Pussy Cat were tolerated by the police. This too could be considered an appropriate factor in assessing the community standard of tolerance for the acts which took place in the Pussy Cat.

The Surrounding Circumstances that were Unique to this Case

Let us consider the circumstances that surrounded the acts in this case. As we have seen in this case the acts, in themselves, of both the clients and the dancers came within the range of community tolerance. This conclusion with regard to the acts of masturbation was properly drawn on the basis of the evidence given by Dr. Campbell on human sexual behaviour and attitudes and on the report of the Fraser Committee on Pornography and Prostitution. With regard to the performance of the dances, the conclusion could be properly based upon the evidence of those who had, in the past, performed in strip bars and the evidence of police tolerance of activities in strip bars which were similar to those performed at the Pussy Cat. The inquiry must then focus on the circumstances

explicite, c'est-à-dire pas plus osé que celui que des danseuses nues présentent dans les clubs et que la police tolère.

Dans la même veine, une ancienne employée du Pussy Cat et ex-danseuse nue de Montréal, Johanne Totunov, se fondant sur son expérience, a témoigné que la police montréalaise en était venue à tolérer la pratique consistant à se toucher les seins, les fesses et même, parfois, les parties génitales.

Enfin, il convient de signaler que l'agent Gilles Rochon a témoigné qu'il avait, à diverses occasions, visionné dans plusieurs clubs des films vidéo renfermant des scènes assez crues de rapports sexuels, y compris des actes de pénétration anale et vaginale, de masturbation, de cunnilingus et de fellation, sans qu'il ait jugé bon de porter des accusations.

Par conséquent, le juge du procès disposait d'une preuve suffisante pour conclure à bon droit que la police tolérait des activités semblables à celles qui se déroulaient au Pussy Cat. Cela pouvait également être pris en considération aux fins de déterminer quelle était la norme de tolérance de la société applicable aux actes qui se déroulaient au Pussy Cat.

Le caractère singulier des circonstances dans la présente affaire

Examinons le contexte dans lequel se déroulaient les actes reprochés dans la présente affaire. Comme je l'ai déjà mentionné, les actes en eux-mêmes, ceux des clients et des danseuses, sont tolérés par la société. Cette conclusion en ce qui concerne les actes de masturbation a été tirée à juste titre à la suite du témoignage de M. Campbell sur les comportements et les attitudes en matière sexuelle et compte tenu du rapport du Comité Fraser sur la pornographie et la prostitution. Pour ce qui est de la danse, on pourrait fonder la conclusion sur le témoignage des personnes qui ont déjà donné des spectacles dans des clubs de danseuses nues et sur la preuve de la tolérance policière à l'égard des activités dans ces clubs qui se rapprochent de celles du Pussy Cat. L'examen doit donc

which surrounded the activities at the Pussy Cat. It is those circumstances which will determine whether the activities would be tolerated by the community.

The Rule Against Physical Contact

It is significant that clients were warned when they first arrived at the Pussy Cat and again later by the dancer which they had selected that there was to be no physical contact of any kind. That was the rule of the establishment and there is no evidence that it was ever breached. It is true that there was masturbation, or in the case of the dancer, simulated masturbation. Whether the act of masturbation itself is indecent must depend on all the surrounding circumstances or the context in which it takes place. If masturbation can be one of the principal themes of the well accepted novel, *Portnoy's Complaint* (1969), by the outstanding author Philip Roth, it surely cannot have the same connotation of indecency it possessed in the past.

Although the lack of physical contact is not determinative of the issue, it is nonetheless highly significant. The rule ensured that there would be little likelihood that physical harm or hurt would be done to either individual. Of equal importance was that it ensured that the transmission of infectious sexual diseases was prevented. This factor should increase the level of the tolerance of the community for the acts performed at the Pussy Cat.

I note also that in those reported cases where masturbation was held to have been indecent it was clearly established that there was physical contact between the client and the woman performing the services. See *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109 (Que. C.A.), and *R. v. Lantay, supra*.

The Place Where the Acts Took Place

It cannot be forgotten that the sexual activities were conducted behind closed doors out of the view of the general public. It is true that the public did have access to the Pussy Cat premises. Thus it

porter surtout sur les circonstances qui entouraient les activités au Pussy Cat. Ce sont ces circonstances qui détermineront si la société les toléreraient.

^a *La règle interdisant tout contact physique*

^b Il importe de retenir que le client était prévenu, dès son arrivée au Pussy Cat, puis à nouveau par la danseuse qu'il avait choisie, qu'il était interdit d'avoir quelque contact physique que ce soit. Telle était la règle dans cet établissement, et la preuve n'établit pas qu'on y ait manqué. Il est vrai qu'il y avait masturbation ou, en ce qui concerne la danseuse, masturbation simulée. Pour déterminer si la masturbation constitue en soi un acte d'indécence, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances ou du contexte dans lesquels elle est pratiquée. La masturbation ayant pu être l'un des principaux sujets du roman fort bien reçu du grand auteur Philip Roth, *Portnoy et son complexe* (1970), elle n'a certainement plus la connotation indécente qu'on lui attribuait autrefois.

^c Bien que l'absence de contact physique ne soit pas à elle seule décisive, elle demeure néanmoins très importante. La règle avait pour effet de minimiser le risque qu'un préjudice corporel ne soit infligé à l'une ou l'autre des personnes en cause. Elle empêchait également que celles-ci ne contractent une maladie transmissible sexuellement, ce qui n'est pas négligeable non plus. Ce facteur devrait accroître le niveau de tolérance de la société à l'égard des gestes accomplis au Pussy Cat.

^d Je constate par ailleurs que dans les décisions publiées où le tribunal a statué que la masturbation était un acte d'indécence, l'existence de contacts physiques entre le client et la femme fournissant les services en cause avait été clairement établie. Se reporter à *R. c. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109 (C.A. Qué.) et *R. c. Lantay, précité*.

^e *L'endroit où les actes ont été accomplis*

^f Il ne faut pas oublier que les activités sexuelles se déroulaient derrière des portes closes, et non à la vue du grand public. Il est vrai par contre que le public avait accès aux locaux du Pussy Cat. Par

came within the definition of a public place provided by s. 150 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which “includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied”. Nonetheless, common sense indicates that there are great differences between locations which can come within the definition of public places. Obviously, the performance of an activity in a closed room in a house, where only two consenting adults are present is far different from carrying out the same activity in a school yard or a public park.

On this aspect of the case, the Court of Appeal was concerned with the presence of the small peep hole in the wall of each room. A former employee of the Pussy Cat testified that before she accepted a job she looked through the peep holes to satisfy herself that there was no physical contact between the clients and the dancer. Based on this evidence the Court of Appeal concluded that the peep holes could well be used more often than the court was being told. That, I think, is speculation. There is no evidence that they were used for any purely voyeuristic purpose. At the most their presence would mean that one other consenting adult observed the proceedings. This is hardly enough to render the act any more public, in any significant sense, than it was when performed between the two persons apparently alone in the room. The presence of the peep holes would, if anything, indicate that the acts were not viewed as indecent by any of the persons in the room or by the management enforcing their rule against physical contact.

Thus although the acts took place in a public place, as those words are defined in the *Criminal Code*, they were not a blatantly public display. Rather the closed room was relatively private with only consenting adults present.

The Absence of Harm

There was no harm caused by the activities. The peep holes, if anything, provided a means of ensur-

conséquent, il s’agissait d’un endroit public au sens de l’art. 150 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La définition donnée à cet article englobe en effet «[t]out lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite». Néanmoins, il va sans dire que la définition vise des lieux très différents les uns des autres. De toute évidence, le déroulement d’une activité dans une pièce fermée à l’intérieur d’une maison, où seuls deux adultes consentants sont présents, est fort différent du déroulement de la même activité dans une cour d’école ou un parc public.

En ce qui concerne cet aspect de l’affaire, la Cour d’appel s’est intéressée à la présence d’un judas dans chacune des pièces. Une ancienne employée du Pussy Cat a témoigné que, avant qu’elle n’accepte d’y travailler, elle avait pu s’assurer, grâce au judas en question, qu’il n’y avait aucun contact physique entre le client et la danseuse. Se fondant sur ce témoignage, la Cour d’appel a conclu que le judas pouvait bien être utilisé plus souvent qu’on ne le prétendait. J’estime qu’il s’agit d’une simple supposition. Aucun élément de preuve n’établit que le judas servait à des fins de pur voyeurisme. Il aurait pu s’ensuivre, tout au plus, qu’un autre adulte consentant observe les activités qui se déroulaient dans la pièce. Cela ne suffit pas à donner un caractère public beaucoup plus grand aux actes que s’ils sont accomplis par les deux personnes se trouvant supposément seules dans la pièce. L’existence d’un judas indiquerait, en somme, que les actes n’étaient pas jugés indécents par les personnes qui les accomplissaient dans la pièce, non plus que par la direction qui s’assurait du respect de la règle interdisant tout contact physique.

Ainsi, même si les actes étaient accomplis dans un endroit public au sens du *Code criminel*, ils n’étaient pas accomplis à la vue du public de manière flagrante, mais bien à l’intérieur d’une pièce fermée, dans une relative intimité, et seuls des adultes consentants y participaient.

L’absence de préjudice

Les activités visées ne causaient aucun préjudice. Le judas permettait tout au plus de s’assurer

ing that no harm came to the dancers or the clients. As Dr. Campbell observed, the activities took place between consenting adults who chose to be in a place which they, at least, would consider relatively private. In these times when so many sexual activities can have a truly fatal attraction, these acts provided an opportunity for safe sex with no risk of any infection. The absence of any risk of harm could properly be taken into account in assessing community tolerance for the act.

The Informed and Consensual Nature of the Acts

It is clear that everyone attending the premises knew exactly what they could expect. If they had any misgivings about being in a room with a naked female they could leave the premises. Both the clients and dancers knew what the activities entailed. Both parties in the room consented to the activities. This was a factor that could be considered in determining if there was community tolerance for the acts.

Absence of Complaints

There were no complaints about the Pussy Cat either from its clients or residents. The clients who testified stated that they were neither shocked nor insulted by what took place within the establishment. This too can be considered in deciding whether there was community tolerance for the acts.

Similarity to Accepted Nude Dancing

It is clear from the evidence that the actions of the dancers at the Pussy Cat were very similar to those of dancers in strip bars. The performances of the dancers in strip bars were clearly accepted by the public and by the police. This indicates that there was indeed a community tolerance for sexually suggestive acts performed by naked dancers. These actions are not violent and in the milieu of the strip bar they are accepted or at least tolerated

qu'aucun préjudice n'était infligé à la danseuse ou au client. Comme M. Campbell l'a fait remarquer, les actes étaient le fait d'adultes consentants qui avaient choisi de se rendre dans un lieu qui, tout au moins pour eux, offrait une certaine intimité. À une époque où de nombreuses activités sexuelles peuvent avoir une issue fatale, les actes accomplis au Pussy Cat ne comportaient aucun risque de contracter une maladie transmissible sexuellement. L'absence de tout risque de préjudice pouvait certainement être prise en considération pour déterminer la norme de tolérance de la société à l'égard des actes incriminés.

c Le consentement éclairé à l'accomplissement des actes

Il est clair que toute personne qui se rendait à l'établissement en cause savait exactement à quoi s'attendre. Le client qui avait des réticences à se trouver dans une pièce en compagnie d'une femme nue pouvait quitter les lieux. Tant le client que la danseuse connaissaient la nature des activités qui se dérouleraient dans la pièce, et tous deux consentaient au déroulement de celles-ci. Voilà un facteur dont il pouvait être tenu compte pour déterminer si la société tolérait les actes en question.

f L'absence de plaintes

Aucun client ou voisin n'a formulé de plaintes contre le Pussy Cat. Les clients appelés à témoigner ont dit qu'ils n'avaient été ni choqués ni offensés par les activités de l'établissement. Ce fait peut également être pertinent aux fins de déterminer si la société tolère de tels actes.

h Similitude avec les spectacles de danseuses nues acceptés

Il ressort de la preuve que les gestes des danseuses du Pussy Cat s'apparentaient beaucoup à ceux que l'on peut voir dans les clubs de danseuses nues. Ces spectacles étaient de toute évidence acceptés par le public et la police. Il s'ensuit donc que la société tolérait les actes suggestifs à caractère sexuel accomplis par des danseuses nues. Ces actes ne sont pas empreints de violence, et ils sont acceptés ou, du moins, tolérés par la société lors-

by the community. It follows that the actions of the dancers in the Pussy Cat would be tolerated by the community.

Thus, neither the actions of the dancers nor, in the factual circumstances presented by this case, the acts of masturbation constituted indecent acts. Here, the surrounding circumstances were such that the acts would be tolerated by the community and they were therefore not indecent. This result may seem offensive to some. Yet, it must be remembered that we are not concerned with standards of good taste. Rather the question is whether the acts will be tolerated by the community.

Disposition

In the result I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal registering convictions against the appellants and restore the acquittal of the appellants.

Appeal allowed, LA FOREST and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: La Haye, Chartrand, Moisan, Boucher, Gaudreau, Doray, Montréal.

Solicitor for the respondent: Germain Tremblay, Montréal.

qu'ils sont accomplis dans les clubs de danseuses nues. Force est donc de conclure que la société tolère les gestes des danseuses du Pussy Cat.

En conséquence, ni les actes des danseuses ni la pratique de la masturbation, étant donné les faits de la présente affaire, ne constituaient des actes d'indécence. En l'espèce, vu les circonstances, ces actes sont tolérés par la société et ne sont donc pas indécents. D'aucuns seront choqués par les présentes conclusions, mais ils doivent se rappeler qu'il ne s'agit pas d'appliquer les normes du bon goût, mais plutôt de déterminer si les actes en cause sont tolérés par la société.

Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel concluant à la culpabilité des appelants et de rétablir leur acquittement.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs des appelants: La Haye, Chartrand, Moisan, Boucher, Gaudreau, Doray, Montréal.

Procureur de l'intimée: Germain Tremblay, Montréal.

Dante Tortone Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. TORTONE

File No.: 23123.

1993: April 28; 1993: September 2.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Fairness — Narcotics charges — Accused's trial conducted intermittently over eight-month period — Trial judge stating that he had seriously considered declaring a mistrial but had decided not to do so because that would cause undue hardship to accused — Accused acquitted on certain charges — Acquittals overturned by Court of Appeal and new trial ordered — Whether trial judge erred in not declaring mistrial.

Criminal law — Narcotics — Accused acquitted on certain charges — Acquittals overturned by Court of Appeal and new trial ordered — Whether trial judge erred in failing to consider whether Crown had proved accused guilty of one of charges.

The accused was charged with various drug trafficking offences, and with possession of the proceeds of narcotic trafficking and laundering such proceeds. These latter charges included counts involving conduct prior to July 1989, counts relating to early July 1989, and one count alleging that the accused had been in unlawful possession of the proceeds of narcotic trafficking between April and July 1989 (the "global count"). The trial was conducted intermittently over almost eight months. At the conclusion of the Crown's case, the accused moved to have the charges dismissed. In oral reasons dismissing the motion, the trial judge said he had had difficulty dealing with the case because of the intermittent nature of the trial proceedings and had had to rely entirely on his notes. Three months later he convicted the accused of the trafficking charges, but acquit-

Dante Tortone Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. TORTONE

N^o du greffe: 23123.

^b 1993: 28 avril; 1993: 2 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Major.

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

Droit criminel — Procès — Équité — Accusations en matière de stupéfiants — Procès de l'accusé tenu de façon intermittente pendant une période de huit mois — Affirmation du juge du procès qu'il avait sérieusement envisagé de déclarer nul le procès mais qu'il avait décidé de ne pas le faire parce que cela causerait un préjudice indu à l'accusé — Acquiescement de l'accusé relativement à certaines accusations — Annulation des verdicts d'acquiescement par la Cour d'appel et ordonnance de nouveau procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne déclarant pas nul le procès?

Droit criminel — Stupéfiants — Acquiescement de l'accusé relativement à certaines accusations — Annulation des verdicts d'acquiescement par la Cour d'appel et ordonnance de nouveau procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'examinant pas si le ministère public avait prouvé la culpabilité de l'accusé relativement à l'une des accusations?

L'accusé a fait l'objet de diverses inculpations de trafic de stupéfiants, de possession des produits du trafic de stupéfiants et de recyclage de ces produits. Ces dernières accusations comprenaient des chefs visant des actes antérieurs à juillet 1989, des chefs relatifs au début de juillet 1989 et un chef dans lequel on alléguait que l'accusé avait été en possession illégale des produits du trafic de stupéfiants entre avril et juillet 1989 («de chef d'accusation global»). Le procès s'est déroulé de façon intermittente pendant presque huit mois. À la conclusion de la preuve du ministère public, l'accusé a demandé le rejet des accusations. Dans les raisons qu'il a exposées à l'audience pour justifier le rejet de la requête, le juge du procès a dit qu'il lui avait été difficile de traiter l'affaire en raison de la nature intermittente des procédures et qu'il avait dû s'en remettre entièrement à ses notes.

ted him of the proceeds-related charges. In rendering his verdict the trial judge again commented on the sporadic nature of the proceedings. He said he had seriously considered declaring a mistrial because the trial proceedings were "extremely unsatisfactory", but had decided not to because that would cause undue hardship to the accused. The Court of Appeal allowed the accused's and the Crown's appeals and ordered a new trial on all of the charges. It was satisfied on the basis of the trial judge's conclusions as to his difficulties in dealing with the case that a mistrial should have been declared. It also found that the trial judge erred in his assessment of the proceeds-related charges, by seeming to proceed on the basis that the Crown had to prove the actual amount of money in the accused's possession which was the proceeds of narcotic trafficking. The accused appealed to this Court from the Court of Appeal's decision to order a new trial on the charges of which he was acquitted.

Held (Gonthier and Cory JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ.: The trial judge was correct in not declaring a mistrial on the charges of which the accused was acquitted. The Court of Appeal's conclusion that the trial judge must have had the same difficulty with the evidence at the time of rendering his verdict as he had when dealing with the nonsuit motion does not necessarily follow, but is based on conjecture. The trial judge may have improved his understanding of the evidence in the intervening three months. He could have refreshed his memory by a more thorough review of his notes, and may have seen a transcript. He may also have gained renewed appreciation of the evidence from the closing submissions of counsel.

The Court of Appeal erred in overturning the trial judge's acquittals on the pre-July and July proceeds counts. While different inferences of fact may have been drawn by another judge from the findings of fact at the trial, it is not open to an appellate court, on a Crown appeal from an acquittal, to interfere with the inferences of fact drawn by the trial judge simply because the appellate court would draw different inferences. The

Trois mois plus tard, il a déclaré l'accusé coupable relativement aux accusations de trafic, mais il l'a acquitté en ce qui a trait aux accusations liées aux produits du trafic. Lorsqu'il a prononcé son verdict, le juge du procès a encore fait des commentaires sur la nature sporadique des procédures. Il a dit qu'il avait sérieusement envisagé la possibilité de déclarer nul le procès pour le motif qu'il était «extrêmement insatisfaisant», mais qu'il avait décidé de ne pas le faire parce que cela aurait causé un préjudice indu à l'accusé. La Cour d'appel a accueilli les appels de l'accusé et du ministère public et a ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à toutes les accusations. Compte tenu des conclusions du juge du procès quant aux difficultés qu'il avait eues à traiter l'affaire, elle était convaincue qu'il y aurait eu lieu de déclarer nul le procès. Elle a également conclu que le juge du procès avait commis une erreur en évaluant les accusations liées aux produits du trafic, parce qu'il a semblé se fonder sur le fait que le ministère public devait démontrer quels montants d'argent en la possession de l'accusé étaient vraiment le produit du trafic de stupéfiants. L'accusé se pourvoit devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les accusations à l'égard desquelles il a été acquitté.

Arrêt (les juges Gonthier et Cory sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli en partie.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major: Le juge du procès a eu raison de ne pas déclarer nul le procès relativement aux accusations à l'égard desquelles l'accusé a été acquitté. La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a dû éprouver les mêmes difficultés avec la preuve au moment de prononcer son verdict que lorsqu'il a examiné la demande de non-lieu ne s'ensuit pas nécessairement. Elle est hypothétique. Il se peut que le juge du procès ait amélioré sa compréhension de la preuve pendant les trois mois qui se sont écoulés entre-temps. Il se peut qu'il se soit rafraîchi la mémoire grâce à un examen plus approfondi de ses notes, et qu'il ait vu une transcription. Il se peut également que les arguments finals des avocats aient jeté une lumière nouvelle sur son appréciation de la preuve.

La Cour d'appel a commis une erreur en annulant les verdicts d'acquiescement prononcés par le juge du procès relativement aux chefs d'accusation antérieurs à juillet et à ceux de juillet liés aux produits du trafic. Bien qu'un autre juge ait pu tirer des conclusions de fait différentes de celles du juge du procès, il n'est pas loisible à une cour d'appel, dans le cadre d'un appel interjeté par le ministère public contre un acquiescement, de modifier

acquittal by the trial judge on the global count cannot be affirmed, however, in light of his finding that some money must have come into the accused's possession as a result of trafficking in cocaine. It was open to the trial judge to conclude that although he could not identify which of the transactions particularized in the various proceeds counts involved the proceeds of narcotic trafficking, the Crown had proved beyond a reasonable doubt that at least one of those transactions involved the proceeds of narcotic trafficking. The accused would then have been convicted on the global count. The trial judge's failure to direct his mind to this issue was an error of law.

Per Gonthier and Cory JJ. (dissenting in part): There is no reason to interfere with the Court of Appeal's disposition that all the acquittals should be set aside. While the trial judge did not state the specific nature of the difficulty he was having at either the time of the nonsuit motion or subsequently, it is nevertheless clear that the intermittent nature of the hearings had caused him to conclude that he had not been able to acquire a satisfactory appreciation of the complex factual record which was required to decide the matters before him on a sound basis. The persistence of a difficulty is underlined by his reference to it in the strongest terms both when dealing with the motion and three months later by way of preface to his reasons for verdict. The suggestion that the trial judge's recollection improved with the additional lapse of time between the nonsuit motion and the rendering of a verdict is belied by his comment at the latter time that the extended and sporadic nature of the trial had been so extremely unsatisfactory that he gave serious consideration to declaring a mistrial and that his reason for not doing so was undue hardship to the accused. This reason cannot justify rendering a verdict on the basis of a trial that is not fair, be it a conviction or an acquittal. A proper remedy in the event a fair trial cannot be held within a reasonable delay is a stay of proceedings. The fact that the trial judge gave reasons referring to the evidence is not sufficient to allay the concern as to the fairness of the trial. His comments indicate that he did not consider that the fact-gathering process had provided him with an adequate basis for a due consideration of the evidence. There was a variety of testimony and evidence in this case which was necessarily subject to an assessment regarding credibility. In these circumstances, the presence of a statement by the

les conclusions de fait auxquelles est arrivé le juge du procès simplement parce que la cour d'appel tirerait des conclusions différentes. L'acquiescement prononcé par le juge du procès relativement au chef d'accusation global ne saurait cependant être confirmé compte tenu de sa conclusion que l'accusé doit avoir eu en sa possession une certaine somme d'argent par suite du trafic de cocaïne. Il était loisible au juge du procès de conclure que, même s'il ne pouvait pas déterminer quelles opérations spécifiées dans les divers chefs d'accusation liés aux produits du trafic comportaient les produits du trafic de stupéfiants, le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable qu'au moins une de ces opérations comportait les produits du trafic de stupéfiants. L'accusé aurait alors été déclaré coupable relativement au chef d'accusation global. En n'examinant pas cette question, le juge du procès a commis une erreur de droit.

Les juges Gonthier et Cory (dissidents en partie): Il n'y a aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel d'annuler tous les acquiescements. Bien que le juge du procès n'ait pas précisé la nature de la difficulté qu'il éprouvait lors de la demande de non-lieu ou subséquentement, il est néanmoins évident que la nature intermittente des audiences l'a amené à conclure qu'il n'avait pas été en mesure d'apprécier de façon satisfaisante le dossier factuel complexe, comme il se devait pour trancher en connaissance de cause les questions dont il était saisi. La persistance de la difficulté ressort de la mention qu'il en fait en des termes fort explicites à la fois au moment d'examiner la demande et, trois mois plus tard, dans l'introduction de ses motifs du verdict. La proposition voulant que le souvenir du juge du procès se soit amélioré au cours du délai supplémentaire écoulé entre la demande de non-lieu et son verdict est contredite par le commentaire qu'il a alors fait, selon lequel un procès aussi long et sporadique était extrêmement insatisfaisant, à tel point qu'il avait sérieusement pensé à le déclarer nul et que son motif de ne pas le faire était le préjudice indu qui en aurait résulté pour l'accusé. Ce motif ne saurait justifier qu'on rende un verdict à la suite d'un procès inéquitable, qu'il s'agisse d'une déclaration de culpabilité ou d'un acquiescement. Lorsqu'un procès équitable ne peut être tenu dans un délai raisonnable, on peut y remédier notamment par l'arrêt des procédures. Le fait que le juge du procès ait exposé des motifs portant sur la preuve ne suffit pas à dissiper la crainte relative à l'équité du procès. Ses commentaires indiquent qu'il n'a pas estimé que le processus d'enquête sur les faits lui avait permis d'effectuer un examen convenable de la preuve. Il y avait, en l'espèce, divers témoignages et éléments de preuve dont la crédibilité

trial judge that the fact-finding process was inadequate is sufficient grounds for a declaration of a mistrial.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592.

By Gonthier J. (dissenting in part)

R. v. Morin, [1992] 3 S.C.R. 286.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 675.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 11.1 [ad. 1988, c. 61, s. 13], 11.2 [*idem*].
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 19.1 [ad. c. 42 (4th Supp.), s. 12], 19.2 [*idem*].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 9 O.R. (3d) 161, 75 C.C.C. (3d) 50, 57 O.A.C. 13, setting aside the accused's acquittals on narcotics proceeds charges and ordering a new trial. Appeal allowed in part, Gonthier and Cory JJ. dissenting in part.

Marc Rosenberg, for the appellant.

D. D. Graham Reynolds, Q.C., and *Theresa M. Brucker*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. was delivered by

MAJOR J.—The appellant was charged with: one count of conspiracy to traffic in a narcotic; two counts of trafficking in narcotics; two counts of possession of narcotics for the purpose of trafficking; ten counts of possession of the proceeds of narcotic trafficking, contrary to s. 11.1 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 (now s. 19.1); and nine counts of laundering the proceeds of narcotic trafficking, contrary to s. 11.2 (now s. 19.2) of the *Narcotic Control Act*. He was convicted in the Ontario Provincial Court, Crimi-

devait nécessairement faire l'objet d'une évaluation. Dans ces circonstances, l'affirmation du juge du procès suivant laquelle le processus de recherche des faits était insatisfaisant suffit pour justifier l'annulation du procès.

^a

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592.

^b

Citée par le juge Gonthier (dissident en partie)

R. c. Morin, [1992] 3 R.C.S. 286.

^c

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 675.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 11.1 [aj. 1988, ch. 61, art. 13], 11.2 [*idem*].
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 19.1 [aj. ch. 42 (4^e suppl.), art. 12], 19.2 [*idem*].

^d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 161, 75 C.C.C. (3d) 50, 57 O.A.C. 13, qui a annulé l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations visant les produits du trafic de stupéfiants, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli en partie, les juges Gonthier et Cory sont dissidents en partie.

^f

Marc Rosenberg, pour l'appelant.

D. D. Graham Reynolds, c.r., et *Theresa M. Brucker*, pour l'intimée.

^g

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendu par

^h

LE JUGE MAJOR—Les accusations suivantes ont été portées contre l'appelant: un chef de complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant, deux chefs de trafic de stupéfiants, deux chefs de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, dix chefs de possession des produits du trafic de stupéfiants, contrairement à l'art. 11.1 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1 (maintenant l'art. 19.1), et neuf chefs de recyclage des produits du trafic de stupéfiants, contrairement à l'art. 11.2 (maintenant l'art. 19.2) de la *Loi sur les stupé-*

ⁱ

^j

nal Division of the conspiracy, trafficking and possession of narcotics charges, but was acquitted of the proceeds-related charges.

The appellant and the respondent each appealed to the Ontario Court of Appeal, which allowed both appeals and ordered a new trial on all of the charges: (1992), 9 O.R. (3d) 161, 75 C.C.C. (3d) 50, 57 O.A.C. 13. The appellant now appeals to this Court as of right from that part of the Court of Appeal's judgment which directed a new trial on the charges of which he was acquitted. The respondent has not cross-appealed from the Court of Appeal's decision to order a new trial on the charges of which the appellant was convicted.

I. Facts

The Crown's case against the appellant relied primarily upon police surveillance of the appellant and an alleged co-conspirator, Alejandro Manolio. The trial judge found that the police surveillance evidence of June 17, 1989 did not advance the Crown's case, but that the surveillance evidence of June 19, 20, and 28, 1989, and of July 3 to 7, 1989, established a relationship between the appellant and Manolio.

There was further surveillance evidence which showed an association between the appellant and two men, Zevallos and Narvaez. Part of this evidence was that on July 7, 1989, the appellant and Manolio drove in a Mazda registered in the name of Zevallos to a school lot and then parked behind a Mustang a short distance from the lot. Narvaez, who was a passenger in the Mustang, approached the appellant and Manolio. The appellant, after a short conversation with Narvaez, went to the passenger side of the Mazda and took out a white plastic bag. He handed the bag to Narvaez, who then got into a Toyota. The police followed and stopped the Toyota. The other occupant of the

fiants. En Cour provinciale de l'Ontario, Division criminelle, l'appelant a été déclaré coupable relativement aux accusations de complot, de trafic et de possession de stupéfiants, mais il a été acquitté en ce qui a trait aux accusations liées aux produits du trafic.

L'appelant et l'intimée ont tous deux interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli les deux appels et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à toutes les accusations: (1992), 9 O.R. (3d) 161, 75 C.C.C. (3d) 50, 57 O.A.C. 13. L'appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les accusations à l'égard desquelles il a été acquitté. L'intimée n'a pas formé de pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les accusations à l'égard desquelles l'appelant a été déclaré coupable.

I. Les faits

La preuve du ministère public qui pesait contre l'appelant était principalement fondée sur la surveillance, par la police, de l'appelant et d'un présumé coauteur d'un complot, Alejandro Manolio. Le juge du procès a conclu que la preuve découlant de la surveillance policière du 17 juin 1989 n'appuyait pas les arguments du ministère public, mais que la preuve découlant de la surveillance des 19, 20 et 28 juin 1989 et du 3 au 7 juillet 1989, établissait un rapport entre l'appelant et Manolio.

D'autres éléments de preuve résultant de la surveillance montraient l'existence d'une association entre l'appelant et deux hommes, Zevallos et Narvaez. Il ressort d'une partie de ces éléments de preuve que, le 7 juillet 1989, l'appelant et Manolio se sont rendus à bord d'une Mazda immatriculée au nom de Zevallos sur le terrain d'une école et se sont ensuite garés derrière une Mustang à peu de distance du terrain. Narvaez, qui était un passager dans la Mustang, s'est approché de l'appelant et de Manolio. Après s'être entretenu brièvement avec Narvaez, l'appelant est allé du côté du passager de la Mazda et a sorti un sac de plastique blanc. Il a remis le sac à Narvaez qui est alors monté dans

Toyota, Zevallos, was at that time found in possession of one kilogram of cocaine and \$4,200 in Canadian money. The cocaine was contained in a bag which, at least on the surface, did not appear to be similar to the package handed to Narvaez by the appellant.

The police arrested the appellant later on July 7, 1989. The appellant was found upon his arrest to have approximately \$306,000 in cash in the trunk of the car he was driving. At the same time the police searched an Oldsmobile Toronado (which the appellant had been observed driving on July 3, 1989), and found 15 kilograms of cocaine. The evidence indicated that Manolio had more frequent contact with this car than had the appellant.

The evidence disclosed that on a number of occasions from April to July 1989, the appellant was in possession of large amounts of Canadian currency, which he was exchanging for U.S. currency and Swiss francs. The total amount of currency that the appellant was shown to have handled over this period was in excess of \$700,000 Canadian. The Crown's theory was that Manolio was the person who did the actual trafficking in narcotics and that the appellant handled the money.

The appellant called evidence at trial in an attempt to explain the large amounts of cash he had handled over the period in question. It was claimed that the appellant and his brother, who lives in Argentina, were conducting a currency exchange business. The appellant's brother testified that this business involved buying Argentinean money with U.S. dollars on the Argentinean black market, then using the Argentinean money to purchase Canadian dollars on the black market, and finally shipping the Canadian money to Canada to be exchanged for U.S. dollars. The appellant's brother stated that the difference between the value of Canadian and U.S. currency on the Argentinean black market would result in this type of circular exchange yielding a substantial profit, a claim supported by the expert testimony of an economist. The appellant also called as

une Toyota. Les policiers ont suivi la Toyota et ont ordonné au conducteur de s'arrêter. L'autre occupant de la Toyota, Zevallos, a alors été trouvé en possession d'un kilogramme de cocaïne et de 4 200 \$ can. La cocaïne se trouvait dans un sac qui, du moins en apparence, ne paraissait pas semblable au colis que l'appelant avait remis à Narvaez.

Plus tard le 7 juillet 1989, les policiers ont arrêté l'appelant. Lors de son arrestation, ce dernier avait environ 306 000 \$ en espèces dans le coffre de la voiture qu'il conduisait. Au même moment, les policiers ont fouillé une Oldsmobile Toronado (au volant de laquelle l'appelant avait été aperçu le 3 juillet 1989) et ont trouvé 15 kilogrammes de cocaïne. Selon la preuve, Manolio avait été en contact avec cette voiture plus souvent que l'appelant.

Il ressort de la preuve que, d'avril à juillet 1989, l'appelant, à de nombreuses reprises, a eu en sa possession des montants importants de dollars canadiens qu'il changeait contre des dollars américains et des francs suisses. Pendant cette période, on a démontré que plus de 700 000 \$ can. sont passés entre les mains de l'appelant. Selon la théorie du ministère public, Manolio était le véritable trafiquant de stupéfiants et l'appelant s'occupait de l'argent.

Au procès, l'appelant a présenté des éléments de preuve pour tenter d'expliquer la provenance des montants d'argent importants qui lui étaient passés entre les mains pendant la période en cause. Il a soutenu qu'il exploitait avec son frère, qui demeurait en Argentine, une entreprise de change de devises. Le frère de l'appelant a témoigné que cette entreprise consistait à acheter des devises argentines avec des dollars américains sur le marché noir argentin, puis à utiliser les devises argentines pour acheter des dollars canadiens sur le marché noir, pour finalement envoyer les devises canadiennes au Canada en vue de les changer contre des dollars américains. Le frère de l'appelant a affirmé que ce genre d'échange circulaire permettait de réaliser des bénéfices importants en raison de la différence de valeur des devises canadiennes et américaines sur le marché noir argentin, ce qui a

witnesses a relative who testified to having acted on one occasion as a courier of Canadian currency between Argentina and Canada for the appellant and his brother, and an Argentinean who testified to having lent \$400,000 U.S. to the appellant's brother. The appellant did not testify.

The appellant's trial was conducted intermittently over 20 days from November 16, 1989 to July 3, 1990. At the conclusion of the Crown's case, the appellant moved to have the charges dismissed on the basis that the Crown had failed to adduce any evidence to prove the essential elements of the offences. The trial judge dismissed that motion on April 2, 1990. In the course of his oral reasons for denying the motion, the trial judge commented upon having difficulty dealing with the case because of the intermittent nature of the trial proceedings and that he had to rely entirely on his notes.

Three months later, on July 3, 1990, the trial judge delivered judgment with oral reasons. In rendering his verdict the trial judge again commented on the sporadic nature of the proceedings but his comments did not indicate that he had the same difficulty in dealing with the evidence as he had in April. The trial judge said he had seriously considered declaring a mistrial because the trial proceedings were "extremely unsatisfactory", but that he had decided not to declare a mistrial because that would cause undue hardship to the appellant. The trial judge then convicted the appellant on the conspiracy, trafficking and possession of narcotics charges, and acquitted him on the proceeds-related charges. On July 25, 1990, the trial judge sentenced the appellant to nine years' imprisonment.

In considering the trial judge's decision to acquit the appellant on the proceeds-related charges, it is helpful to divide the proceeds-related charges into separate groups based on the time periods involved. The proceeds-related charges against the appellant were counts 6 to 24 on the information dated November 16, 1989. Counts 6 to

été étayé par le témoignage d'expert d'un économiste. L'appelant a également cité comme témoin un parent qui a dit avoir, à une occasion, transporté des devises canadiennes de l'Argentine au Canada pour l'appelant et son frère, et un Argentin qui a dit avoir prêté 400 000 \$ US au frère de l'appelant. L'appelant n'a pas témoigné.

Le procès de l'appelant s'est déroulé de façon intermittente pendant 20 jours, entre le 16 novembre 1989 et le 3 juillet 1990. À la conclusion de la preuve du ministère public, l'appelant a demandé le rejet des accusations pour le motif que le ministère public n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant l'existence des éléments essentiels des infractions. Le juge du procès a rejeté cette requête le 2 avril 1990. Dans les raisons qu'il a exposées à l'audience pour justifier le rejet de la requête, le juge du procès a dit qu'il lui était difficile de traiter l'affaire en raison de la nature intermittente des procédures et qu'il devait s'en remettre entièrement à ses notes.

Trois mois plus tard, le 3 juillet 1990, le juge du procès a rendu son jugement à l'audience. Lorsqu'il a prononcé son verdict, le juge du procès a encore fait des commentaires sur la nature sporadique des procédures, mais il n'a pas indiqué qu'il lui était aussi difficile de traiter de la preuve qu'en avril. Le juge du procès a dit qu'il avait sérieusement envisagé la possibilité de déclarer nul le procès pour le motif qu'il était [TRADUCTION] «extrêmement insatisfaisant», mais qu'il avait décidé de ne pas le faire parce que cela aurait causé un préjudice indu à l'appelant. Le juge du procès a alors déclaré l'appelant coupable relativement aux accusations de complot, de trafic et de possession de stupéfiants et l'a acquitté en ce qui a trait aux accusations liées aux produits du trafic. Le 25 juillet 1990, le juge du procès a condamné l'appelant à une peine de 9 ans d'emprisonnement.

Lorsqu'on examine la décision du juge du procès d'acquitter l'appelant à l'égard des accusations liées aux produits du trafic, il est utile de diviser ces accusations en groupes distincts selon les intervalles visés. Les accusations liées aux produits du trafic portées contre l'appelant constituaient les chefs 6 à 24 de la dénonciation datée du 16 novem-

11 and 22 involved allegations of unlawful possession of the proceeds of narcotic trafficking, and of laundering the proceeds of narcotic trafficking, between April 28, 1989 and May 24, 1989 ("the pre-July counts"). Counts 12 to 21 and 24 involved allegations of similar illegal conduct by the appellant in early July 1989 ("the July counts"). Finally, count 23 alleged the appellant had been in unlawful possession of the proceeds of narcotic trafficking between April 28, 1989 and July 6, 1989 ("the global count").

II. Judgments in the Courts Below

A. Provincial Court

(i) Application to Have the Charges Dismissed for no Evidence (April 2, 1990)

The trial judge in rejecting the application stated:

One of the difficulties I have had in dealing with this case and coming to any conclusion is the length of time it took to complete the crown's case. This case started back in about the middle of November of 1989, and proceeded from time to time into March of this year, and I have had to rely entirely upon my notes.

In rejecting the application for a nonsuit, the trial judge applied the proper test when he said:

I have gone through my notes on the evidence carefully, and I have come to the conclusion that there is some evidence, without weighing or assessing it, some evidence, to support the charges that Mr. Tortone faces, and this includes the conspiracy charge.

(ii) Trial Verdict (July 3, 1990)

The trial judge first commented:

A trial conducted sporadically over this length of time can only be extremely unsatisfactory to the accused, who has been in custody from the day of his arrest, the 7th of July, 1989 and cannot be commensurate with the proper administration of justice. I, from a trial judge's point of view, find such an extended and sporadic trial

bre 1989. Les chefs 6 à 11 et 22 portaient sur des allégations de possession illégale des produits du trafic de stupéfiants et de recyclage des produits du trafic de stupéfiants, entre le 28 avril 1989 et le 24 mai 1989 («les chefs d'accusation antérieurs à juillet»). Les chefs 12 à 21 et 24 portaient sur des allégations de conduite illégale semblable que l'appelant aurait adoptée au début de juillet 1989 («les chefs d'accusation de juillet»). Finalement, dans le chef 23, on alléguait que l'appelant avait été en possession illégale des produits du trafic de stupéfiants entre le 28 avril 1989 et le 6 juillet 1989 («le chef d'accusation global»).

II. Les juridictions inférieures

A. La Cour provinciale

(i) Demande de rejet des accusations en raison de l'absence de preuve (2 avril 1990)

Le juge du procès a affirmé, en rejetant la demande:

[TRADUCTION] L'une des difficultés que j'ai éprouvées en examinant cette affaire et pour en arriver à une conclusion c'est le temps que le ministère public a mis pour terminer la présentation de sa preuve. Cette présentation a débuté vers le milieu de novembre 1989 et s'est déroulée sporadiquement jusqu'en mars de cette année, et j'ai dû m'en remettre entièrement à mes notes.

Lorsqu'il a rejeté la demande de non-lieu, le juge du procès a appliqué le critère approprié quand il a dit:

[TRADUCTION] J'ai examiné soigneusement mes notes sur la preuve et j'en suis venu à la conclusion qu'il y a certains éléments de preuve qui, sans les évaluer, appuient les accusations portées contre M. Tortone, et cela comprend l'accusation de complot.

(ii) Verdict consécutif au procès (3 juillet 1990)

Le juge du procès a d'abord fait observer ceci:

[TRADUCTION] Un procès qui s'est déroulé sporadiquement, pendant cette période, ne peut qu'être extrêmement insatisfaisant pour l'accusé qui est détenu depuis le jour de son arrestation, le 7 juillet 1989, et ne peut correspondre à la bonne administration de la justice. Je suis d'avis que, pour un juge du procès, un procès aussi

extremely unsatisfactory. So much so, that I've given serious consideration to declaring a mistrial. However, I'm not going to take that step, since to do so would cause undue hardship to the accused.

In the course of reviewing the evidence, the trial judge rejected the Crown's contention that finding the appellant guilty on the conspiracy, possession of narcotics, and trafficking charges meant that the proceeds-related charges were also proven beyond a reasonable doubt (the Crown's argument being that there could be no other explanation for the source of the large amounts of cash the appellant was handling). He then stated:

Any evidence of cocaine dealing does not exist before the 5th, 6th or 7th of July, 1989 or perhaps the 19th of June, 1989. It may be valid to suspect the accused was involved in the cocaine trade as far back as April or May of 1989, but that cannot be anything more than a suspicion.

The trial judge reviewed the defence evidence, and concluded that evidence raised a reasonable doubt as to the pre-July counts:

The Crown submitted this evidence of supposedly legitimate foreign exchange transactions should be totally disbelieved because no one carrying on a legitimate business would operate in such a sloppy, inept and careless way as described by [the appellant's brother].

I agree their way of carrying on their money business was incredibly careless; however, even though I discount that evidence and give it little weight, there is still some evidence of large amounts of Canadian cash money coming to the accused from a source other than the cocaine trade.

He then dismissed the pre-July counts.

The trial judge found that while the evidence had not proved a conspiracy to have commenced in March 1989, it was established beyond a reasonable doubt that the appellant and Manolio "entered into such a conspiracy commencing Monday, the 3rd of July, 1989, and ending on Friday, the 7th of

long et sporadique est extrêmement insatisfaisant, à tel point que j'ai sérieusement pensé à le déclarer nul. Toutefois, je ne prendrai pas cette mesure, puisque cela causerait un préjudice indu à l'accusé.

Lorsqu'il a examiné la preuve, le juge du procès a rejeté l'argument du ministère public voulant que la conclusion que l'appelant est coupable relativement aux accusations de complot, de possession de stupéfiants et de trafic signifie que les accusations liées aux produits du trafic avaient également fait l'objet d'une preuve hors de tout doute raisonnable (le ministère public faisant valoir qu'il ne pouvait y avoir d'autre explication de la provenance des montants d'argent importants que l'appelant avait en sa possession). Il a ensuite dit:

[TRADUCTION] Il n'y avait pas de preuve de commerce de cocaïne avant le 5, le 6 ou le 7 juillet 1989 ou peut-être le 19 juin 1989. On peut bien soupçonner que l'accusé était engagé dans le commerce de la cocaïne dès avril ou mai 1989, mais ce ne peut être rien de plus qu'un soupçon.

Le juge du procès a examiné la preuve de la défense et a conclu qu'elle soulevait un doute raisonnable relativement aux chefs d'accusation antérieurs à juillet:

[TRADUCTION] Le ministère public a soutenu qu'il ne fallait absolument pas ajouter foi à cette preuve d'opérations supposément légitimes de change en devises étrangères parce qu'une personne qui exploite une entreprise légitime ne fonctionnerait de la manière négligée, inepte et insouciant décrite par [le frère de l'appelant].

Je conviens que la manière dont ils exploitaient leur entreprise de change était incroyablement négligente; toutefois, même si j'écarte cette preuve et que je ne lui accorde que peu d'importance, il y a toujours des éléments de preuve que l'accusé reçoit des montants importants en devises canadiennes provenant d'une source autre que le trafic de cocaïne.

Il a alors rejeté les chefs d'accusation antérieurs à juillet.

Le juge du procès a conclu que, même s'il n'est pas ressorti de la preuve qu'un complot avait commencé en mars 1989, il était établi hors de tout doute raisonnable que l'appelant et Manolio [TRADUCTION] «avaient pris part à un complot qui avait commencé le lundi 3 juillet 1989 et s'était terminé

July, 1989.” He found the appellant guilty of the conspiracy charge (over the shorter time period than that stated in the charge), and of the possession of narcotics and trafficking charges.

The trial judge went on to rule that there was a reasonable doubt as to the remaining proceeds-related charges (the July and global counts):

Due to there being some evidence that at least some of the money the accused was in possession of and dealing with was sent to him from Argentina for legitimate business purposes, and due to there being very little evidence, or perhaps none, of how much money actually came into the accused’s possession as a result of trafficking in cocaine—and there must have been some money—I reluctantly come to the conclusion that the Crown has failed to establish beyond a reasonable doubt the remaining money offences, counts 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23 and 24. Those counts are dismissed. [Emphasis added.]

B. *Court of Appeal* (1992), 9 O.R. (3d) 161

(i) Appeal by the Appellant from the Convictions

Goodman J.A. noted (at p. 165) in reviewing the facts and evidence that because the activities of the appellant and Manolio “were very complicated and difficult to follow”,

[i]t is little wonder that the trial judge expressed such consternation about the intermittent nature of the trial which undoubtedly made it very difficult to piece together the sequence of the events disclosed by surveillance over such a lengthy period of time as given in evidence by so many witnesses.

Goodman J.A. would have dismissed a number of the appellant’s grounds of appeal but was satisfied on the basis of the trial judge’s conclusions as to his difficulties in dealing with the case that a new trial should be ordered.

le vendredi 7 juillet 1989.» Il a déclaré l’appelant coupable relativement à l’accusation de complot (pendant l’intervalle plus court que celui mentionné dans l’accusation) et aux accusations de possession et de trafic de stupéfiants.

Le juge du procès a ensuite décidé qu’il y avait un doute raisonnable en ce qui concernait les autres accusations liées aux produits du trafic (les chefs d’accusation de juillet et le chef d’accusation global):

[TRADUCTION] Parce qu’il y a des éléments de preuve qu’au moins une partie de l’argent dont l’accusé était en possession et dont il s’occupait lui avait été envoyée d’Argentine à des fins commerciales légitimes, et en raison de la rareté, voire même de l’absence, d’éléments de preuve concernant la quantité d’argent que l’accusé a vraiment eu en sa possession par suite du trafic de cocaïne—et il doit y avoir eu une certaine somme d’argent—j’hésite à conclure que le ministère public n’a pas réussi à établir hors de tout doute raisonnable l’existence des autres infractions relatives à l’argent, soit les chefs d’accusation 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23 et 24. Ces chefs d’accusation sont rejetés. [Je souligne.]

B. *La Cour d’appel* (1992), 9 O.R. (3d) 161

(i) Appel interjeté par l’appelant contre les déclarations de culpabilité

En examinant les faits et la preuve produite, le juge Goodman a souligné, à la p. 165, que, parce que les activités de l’appelant et de Manolio [TRADUCTION]«étaient très complexes et difficiles à suivre»,

[TRADUCTION] [i]l n’est pas étonnant que le juge du procès ait exprimé une telle consternation face à la nature intermittente du procès qui, indubitablement, a rendu très difficile la reconstitution de la suite des événements révélés par la surveillance pendant une période aussi longue, comme l’ont rapporté tant de témoins.

Le juge Goodman aurait rejeté un certain nombre des moyens d’appel de l’appelant mais, compte tenu des conclusions du juge du procès quant aux difficultés qu’il avait eues à traiter l’affaire, il était convaincu qu’il y avait lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

(ii) Appeal by the Crown from the Acquittals

In dealing with the argument that the trial judge should have declared a mistrial on all of the charges, Goodman J.A. stated, at p. 170:

In order to succeed, the Crown must show that the trial judge erred in law. In my opinion, the evidence with respect to these charges was inextricably interwoven with the evidence upon which the convictions against Tortone were based. If, as I have found, the trial judge could not fairly proceed to convict Tortone for the reasons stated, he erred in law in failing to declare a mistrial. The same reasoning applies to the trial of the charges of which Tortone was acquitted.

He also found that the trial judge erred in his assessment of the proceeds-related charges, by his seeming to proceed on the basis that the Crown had to prove the actual amount of money in the appellant's possession which was the proceeds of narcotic trafficking.

As a result, the Court of Appeal also ordered a new trial on the proceeds-related charges.

III. Points in Issue

The appellant raises four issues in his appeal to this Court:

1. Did the Court of Appeal for Ontario err in holding that the failure of the trial judge to declare a mistrial in relation to counts 6 to 24 of the information was an error of law upon which the Attorney General of Canada could appeal pursuant to the provisions of s. 676 of the *Criminal Code*?
2. Did the Court of Appeal for Ontario err in holding that the trial judge erred in law in failing to declare a mistrial in relation to counts 6 to 24 of the information?

(ii) Appel interjeté par le ministère public contre les acquittements

En examinant l'argument selon lequel le juge du procès aurait dû déclarer nul le procès à l'égard de toutes les accusations, le juge Goodman affirme, à la p. 170:

[TRADUCTION] Pour avoir gain de cause, le ministère public doit démontrer que le juge du procès a commis une erreur de droit. À mon avis, la preuve relative à ces accusations était inextricablement liée à la preuve sur laquelle étaient fondées les déclarations de culpabilité prononcées contre Tortone. Si, comme je l'ai conclu, le juge du procès ne pouvait pas, en toute justice, déclarer Tortone coupable pour les motifs énoncés, il a commis une erreur de droit en ne déclarant pas nul le procès. Le même raisonnement s'applique au procès sur les accusations à l'égard desquelles Tortone a été acquitté.

Il a également conclu que le juge du procès avait commis une erreur en évaluant les accusations liées aux produits du trafic, parce qu'il a semblé se fonder sur le fait que le ministère public devait démontrer quels montants d'argent en la possession de l'appellant étaient vraiment le produit du trafic de stupéfiants.

Par conséquent, la Cour d'appel a également ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les accusations liées aux produits du trafic.

III. Les questions en litige

L'appellant a soulevé quatre questions dans son pourvoi devant notre Cour:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que l'omission du juge du procès de déclarer nul le procès relativement aux chefs d'accusation 6 à 24 de la dénonciation était une erreur de droit sur laquelle le procureur général du Canada pouvait se fonder pour interjeter appel conformément à l'art. 676 du *Code criminel*?
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne déclarant pas nul le procès relativement aux chefs d'accusation 6 à 24 de la dénonciation?

3. Did the Court of Appeal for Ontario err in holding that the trial judge misdirected himself as to the elements of the offences contrary to ss. 11.1(2)(a) and 11.2(2)(a) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 (as amended)? ^a
3. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès s'était mal instruit du droit relativement aux éléments des infractions visées aux al. 11.1(2)a) et 11.2(2)a) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1 (et ses modifications)?
4. Did the Court of Appeal for Ontario err in failing to consider whether the Attorney General of Canada had shown that if the trial judge had properly instructed himself, his judgment of acquittal would not necessarily have been the same? ^b
4. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en n'examinant pas si le procureur général du Canada avait démontré que, si le juge du procès s'était bien instruit du droit, sa décision d'acquitter n'aurait pas nécessairement été la même?

IV. Analysis

A. *The Trial Judge's Decision not to Declare a Mistrial*

As the Crown did not appeal the decision to order a new trial on the charges of which the appellant was convicted, the question of whether the trial judge erred in deciding not to declare a mistrial on those charges is not before this Court. It is only the charges of which the appellant was acquitted that are now in issue. ^d

The Court of Appeal held that the trial judge must have had the same difficulty with the evidence at the time of rendering his verdict (July 3, 1990) as he had when dealing with the nonsuit motion (April 2, 1990). That conclusion does not necessarily follow. ^e

The trial judge's decision on the nonsuit motion in April required only that he consider if there was some evidence of the essential elements of the charges against the appellant, but the process of reaching a verdict in July required the trial judge to actually weigh that evidence. While it is speculative, nonetheless in the time between April and July, the trial judge may have improved his understanding of the evidence, he could have refreshed his memory by a more thorough review of his notes. He may have seen a transcript. He may have gained renewed appreciation of the evidence from the closing submissions of counsel. This Court was told on the appeal that the trial judge had detailed ^f

^c IV. Analyse

A. *La décision du juge du procès de ne pas déclarer nul le procès*

Étant donné que le ministère public n'a pas interjeté appel contre la décision d'ordonner un nouveau procès sur les accusations à l'égard desquelles l'appelant a été déclaré coupable, notre Cour n'a pas à déterminer si le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a décidé de ne pas déclarer nul le procès à l'égard de ces accusations. Seules les accusations à l'égard desquelles l'appelant a été acquitté sont maintenant en cause. ^e

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès a dû éprouver les mêmes difficultés avec la preuve au moment de prononcer son verdict (le 3 juillet 1990) que lorsqu'il a examiné la demande de non-lieu (le 2 avril 1990). Cette conclusion ne s'ensuit pas nécessairement. ^f

Pour se prononcer sur la demande de non-lieu en avril, le juge du procès n'avait qu'à se demander s'il y avait une preuve quelconque de l'existence des éléments essentiels des infractions reprochées à l'appelant, mais pour arriver à un verdict en juillet, le juge du procès devait réellement évaluer cette preuve. Bien qu'il s'agisse là d'hypothèses, il se peut que le juge du procès ait néanmoins amélioré sa compréhension de la preuve entre avril et juillet, qu'il se soit rafraîchi la mémoire grâce à un examen plus approfondi de ses notes. Il se peut qu'il ait vu une transcription. Il se peut que les arguments finals des avocats aient jeté une lumière nouvelle sur son appréciation de la preuve. Lors du ^g

submissions from Crown counsel at the conclusion of the trial. It is noteworthy that the trial judge did not express the same concerns in reaching his trial decision as he did when dealing with the nonsuit. It is conjecture to say he must have had the same difficulty in July as he had in April. It would also be conjecture to say that this must have been the reason why the trial judge considered declaring a mistrial. The trial judge did not indicate in giving his trial verdict why he had considered declaring a mistrial.

Although the trial judge did not deal exhaustively with the evidence in reaching his decision, there is no reason to conclude that he was not able to appreciate the evidence. On the contrary the trial judge gave reasons on the evidence for his conclusions. This was adequate, particularly as there is no requirement for a trial judge to comment upon all the evidence in his reasons for judgment: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 296; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226.

In the result the trial judge was correct in not declaring a mistrial on the charges of which the appellant was acquitted.

B. *The Trial Judge's Findings on the Proceeds Charges*

The trial judge found as a fact that there was no more than a suspicion that prior to June 19, 1989, at the earliest, the appellant was involved in a conspiracy to traffic in cocaine. He also found as a fact that the appellant had raised a reasonable doubt that large amounts of currency had come into his possession through a foreign exchange business being operated by the appellant and his brother. On the basis of these findings, the trial judge went on to conclude as a fact that there was a reasonable doubt that the appellant was guilty of the pre-July counts. The trial judge also drew an inference of fact that in light of the evidence regarding the claimed foreign exchange business, in combination with the absence of evidence of

pourvoi, on a dit à notre Cour que le juge du procès avait entendu des arguments détaillés de la part de l'avocat du ministère public à la fin du procès. Il convient de souligner que le juge du procès n'a pas exprimé les mêmes inquiétudes lorsqu'il a statué sur le procès que lorsqu'il a examiné la demande de non-lieu. Il est hypothétique d'affirmer qu'il a dû éprouver la même difficulté en juillet qu'en avril. Il serait également hypothétique d'affirmer que ce doit être la raison pour laquelle le juge du procès a envisagé la possibilité de déclarer nul le procès. En rendant son verdict, le juge du procès n'a pas indiqué pourquoi il avait envisagé cette possibilité.

Bien que le juge du procès n'ait pas examiné exhaustivement la preuve pour en arriver à sa décision, il n'y a aucune raison de conclure qu'il n'était pas en mesure de l'apprécier. Au contraire, le juge du procès a fondé ses conclusions sur la preuve. Cela était adéquat étant donné, particulièrement, que le juge du procès n'est pas tenu de faire des commentaires sur l'ensemble de la preuve dans ses motifs de jugement: *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, à la p. 296; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226.

En définitive, le juge du procès a eu raison de ne pas déclarer nul le procès relativement aux accusations à l'égard desquelles l'appelant a été acquitté.

B. *Les conclusions du juge du procès sur les accusations liées aux produits du trafic*

Le juge du procès a tenu pour avéré qu'il n'y avait en fait rien de plus qu'un soupçon qu'avant le 19 juin 1989, au plus tôt, l'appelant était impliqué dans un complot de trafic de cocaïne. Il a également tenu pour avéré que l'appelant avait soulevé un doute raisonnable qu'il avait eu en sa possession des montants d'argent importants dans le cadre de l'exploitation avec son frère d'une entreprise de change de devises étrangères. À la lumière de ces conclusions, le juge du procès a ensuite conclu qu'il existait effectivement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appelant relativement aux chefs d'accusation antérieurs à juillet. Le juge du procès a également tiré la conclusion de fait que, d'après la preuve concernant l'entreprise de

money coming into the appellant's possession as a result of cocaine trafficking, the Crown had failed to prove beyond a reasonable doubt that the appellant was guilty of the July counts and the global count.

While different inferences of fact may have been drawn by another judge from the findings of fact at the trial, it is not open to an appellate court, on a Crown appeal from an acquittal, to interfere with the inferences of fact drawn by the trial judge simply because the appellate court would draw different inferences: *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592. In my view the Court of Appeal erred in overturning the trial judge's verdict on the pre-July counts and the July counts.

However, it is open to an appellate court to overturn a trial judge's verdict where the trial judge has not directed his mind to an issue or issues that require determination in order to reach the verdict. In this case, it was necessary for the trial judge to determine not only whether the Crown had proven that the specific amounts particularized in the various proceeds counts were the proceeds of narcotic trafficking, but also whether, even if there were a reasonable doubt on all the other proceeds counts, the Crown had proven the global count beyond a reasonable doubt. A finding that there was reasonable doubt as to all the other proceeds counts would not necessarily lead to a conclusion that there was also reasonable doubt on the global count.

It was open to the trial judge to conclude that although he could not identify which of the transactions particularized in the various proceeds counts involved the proceeds of narcotic trafficking, the Crown had proven beyond a reasonable doubt that at least one of those transactions involved the proceeds of narcotic trafficking. If so, the result should have been to convict the appellant

change de devises étrangères, conjuguée à l'absence de preuve que l'appelant a eu en sa possession de l'argent provenant du trafic de cocaïne, le ministère public n'a pas démontré hors de tout doute raisonnable que l'appelant était coupable relativement aux chefs d'accusation de juillet et au chef d'accusation global.

Bien qu'un autre juge ait pu tirer des conclusions de fait différentes de celles du juge du procès, il n'est pas loisible à une cour d'appel, dans le cadre d'un appel interjeté par le ministère public contre un acquittement, de modifier les conclusions de fait auxquelles est arrivé le juge du procès simplement parce que la cour d'appel tirerait des conclusions différentes: *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592. À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en annulant le verdict du juge du procès relativement aux chefs d'accusation antérieurs à juillet et à ceux de juillet.

Cependant, il est loisible à une cour d'appel d'annuler le verdict d'un juge du procès lorsque celui-ci n'a pas examiné une ou plusieurs questions qui doivent être tranchées pour prononcer le verdict. En l'espèce, le juge du procès devait déterminer non seulement si le ministère public avait prouvé que les montants spécifiés dans les divers chefs d'accusation liés aux produits du trafic étaient les produits du trafic de stupéfiants, mais encore si le ministère public avait fait une preuve hors de tout doute raisonnable relativement au chef d'accusation global, même s'il existait un doute raisonnable en ce qui concernait tous les autres chefs liés aux produits du trafic. Conclure à l'existence d'un doute raisonnable relativement à tous les autres chefs d'accusation liés aux produits du trafic n'amènerait pas nécessairement à conclure également à l'existence d'un doute raisonnable relativement au chef d'accusation global.

Il était loisible au juge du procès de conclure que, même s'il ne pouvait pas déterminer quelles opérations spécifiées dans les divers chefs d'accusation liés aux produits du trafic comportaient les produits du trafic de stupéfiants, le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable qu'au moins une de ces opérations comportait les produits du trafic de stupéfiants. Le cas échéant, il

on the global count, and to acquit him on all the other proceeds counts.

In my view, the acquittal reached by the trial judge on the global count cannot be affirmed in light of his findings that there was

... very little evidence, or perhaps none, of how much money actually came into the accused's possession as a result of trafficking in cocaine—and there must have been some money [Emphasis added.]

This is an ambiguous statement that is neither an expression of reasonable doubt nor a satisfaction of sufficient evidence to convict. It also indicates that the trial judge did not consider whether, despite there being a reasonable doubt on all the other charges, the Crown had proved the appellant guilty of the global count. The trial judge's failure to direct his mind to this issue was an error of law. This can only be remedied by the Court of Appeal's direction of a new trial.

VI. Conclusion

I would therefore allow the appeal in part by restoring the acquittals on counts 6 to 22 and 24, and would confirm the order for a new trial on count 23.

The reasons of Gonthier and Cory JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting in part)—I have had the benefit of the reasons of Justice Major and refer to his review of the facts and proceedings. While I am in any event in agreement with him that the conclusion reached by the trial judge on count 23, the global count, cannot be affirmed, I find no error in the Court of Appeal's understanding of the statements of the trial judge referring to grounds for a mistrial and its conclusion that the trial can-

y aurait eu lieu de déclarer l'appelant coupable relativement au chef d'accusation global et de l'acquitter relativement à tous les autres chefs liés aux produits du trafic.

À mon avis, l'acquittement prononcé par le juge du procès relativement au chef d'accusation global ne saurait être confirmé compte tenu de ses conclusions à

[TRADUCTION] . . . la rareté, voire même [à] l'absence, d'éléments de preuve concernant la quantité d'argent que l'accusé a vraiment eu en sa possession par suite du trafic de cocaïne—et il doit y avoir eu une certaine somme d'argent [Je souligne.]

Il s'agit là d'une affirmation ambiguë qui n'est ni l'expression d'un doute raisonnable ni l'expression de la conviction qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour prononcer une déclaration de culpabilité. Il en ressort également que le juge du procès n'a pas examiné si, malgré l'existence d'un doute raisonnable relativement à toutes les autres accusations, le ministère public avait démontré la culpabilité de l'appelant relativement au chef d'accusation global. En n'examinant pas cette question, le juge du procès a commis une erreur de droit. Seul le nouveau procès ordonné par la Cour d'appel peut permettre de remédier à cela.

VI. Conclusion

Je suis donc d'avis d'accueillir en partie le pourvoi en rétablissant les acquittements prononcés relativement aux chefs d'accusation 6 à 22 et 24, et de confirmer l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès relativement au chef 23.

Version française des motifs des juges Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Major. Je m'en remets à son examen des faits et des procédures. Bien qu'en tout état de cause je partage son avis qu'on ne saurait maintenir la conclusion du juge du procès relative au chef global, le chef d'accusation 23, je conclus que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur ni dans sa compréhension des remarques du juge du procès quant aux motifs

not be considered to have been a fair one, that the acquittals should be set aside as were the convictions and a new trial ordered. I would accordingly dismiss the appeal.

The central issue in this case, upon which I respectfully differ from Major J., is as to the Court of Appeal's finding concerning the fairness of the trial related to the trial judge's inability to consider all of the evidence in rendering his verdict. This issue goes to the very heart of the trial process, wherein an accused is to be tried and the verdict rendered on the basis of the evidence before the court as a whole. It is one of law with which the Court of Appeal was entitled to deal and indeed so fundamental that the court was obligated to do so.

The question arises by reason of statements made by the trial judge upon dealing with a motion for nonsuit on April 2, 1990 and when giving his verdict three months later. As Major J. notes in his reasons, the trial judge in deciding that motion made special reference to the difficulties which the length of time for completing the Crown's case caused him. He had had to rely entirely on a review of his notes as the hearings had run intermittently over a period of approximately five months. The Crown's case had been completed a month prior to this motion.

These difficulties in the evidence-gathering process were once again mentioned by the trial judge when the verdict was given on July 3, 1990. The relevant passage reads as follows:

A trial conducted sporadically over this length of time can only be extremely unsatisfactory to the accused, who has been in custody from the day of his arrest, the 7th of July, 1989 and cannot be commensurate with the proper administration of justice. I, from a trial judge's point of view, find such an extended and sporadic trial extremely unsatisfactory. So much so, that I've given serious consideration to declaring a mistrial. However,

de déclarer nul le procès, ni dans sa conclusion qu'on ne pouvait considérer le procès comme équitable, que les acquittements devaient être annulés comme l'avaient été les déclarations de culpabilité, et qu'un nouveau procès devait être ordonné. Je rejetterais donc le pourvoi.

La question principale soulevée en l'espèce, sur laquelle je suis en désaccord avec le juge Major, porte sur la conclusion de la Cour d'appel quant à l'équité du procès, compte tenu de l'incapacité du juge du procès de se saisir de l'ensemble de la preuve au moment de rendre son verdict. Cette question touche le cœur même du procès où l'accusé doit être jugé et le verdict rendu sur la foi de l'ensemble de la preuve dont la cour est saisie. Il s'agit d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel avait le droit de se pencher et qui était, en fait, si fondamentale que la cour était obligée de la faire.

La question se pose en raison des commentaires que le juge du procès a faits au moment d'examiner une demande de non-lieu le 2 avril 1990 et de rendre son verdict trois mois plus tard. Comme le souligne le juge Major dans ses motifs, le juge du procès a, en se prononçant sur cette demande, mentionné particulièrement les difficultés qu'il avait éprouvées en raison du temps mis pour terminer la présentation de la preuve de la poursuite. Il avait dû s'en remettre entièrement à ses notes étant donné que les audiences s'étaient déroulées de façon intermittente pendant environ cinq mois. Le ministère public a terminé la présentation de sa preuve un mois avant cette demande.

Au moment de rendre son verdict le 3 juillet 1990, le juge du procès a de nouveau fait part de ces difficultés à rassembler les éléments de preuve. Le passage qui nous intéresse se lit ainsi:

[TRADUCTION] Un procès qui s'est déroulé sporadiquement, pendant cette période, ne peut qu'être extrêmement insatisfaisant pour l'accusé qui est détenu depuis le jour de son arrestation, le 7 juillet 1989, et ne peut correspondre à la bonne administration de la justice. Je suis d'avis que, pour un juge du procès, un procès aussi long et sporadique est extrêmement insatisfaisant, à tel point que j'ai sérieusement pensé à le déclarer nul. Tou-

I'm not going to take that step, since to do so would cause undue hardship to the accused.

In the Court of Appeal (1992), 9 O.R. (3d) 161, Goodman J.A. concluded, at p. 169:

His statements irresistibly leave the impression that the long and sporadic nature of the trial gave him difficulty in dealing with the evidence. The only reason that he gave for not declaring a mistrial was "since to do so would cause undue hardship to the accused".

and (at p. 170):

I am, however, satisfied that having regard to those statements and the nature of the evidence, the trial cannot be considered to have been a fair one. Justice must not only be done, it must be seen to be done.

I agree. The trial judge viewed the circumstances to be such as to cause him to give serious consideration to declaring a mistrial and he indicates in effect that he would have done so but for his concern that this would cause undue hardship to the accused.

Goodman J.A. rightly distinguished this case from other appeals which are based on the mere fact of delay or an inference of prejudice which may be drawn from such a fact.

While the trial judge did not state the specific nature of the difficulty he was having at either the time of the nonsuit motion or subsequently, it is nevertheless clear that the intermittent nature of the hearings had caused the trial judge to conclude that he had not been able to acquire a satisfactory appreciation of the complex factual record which was required to decide the matters before him on a sound basis. In the words of the Court of Appeal (at p. 169):

His use of the word "entirely" leaves the distinct impression that he had a somewhat diminished recollection or appreciation of the evidence except as disclosed by his notes.

The persistence of a difficulty is underlined by his reference to it in the strongest terms both when dealing with the motion for nonsuit and three

tefois, je ne prendrai pas cette mesure, puisque cela causerait un préjudice indu à l'accusé.

En Cour d'appel (1992), 9 O.R. (3d) 161, le juge Goodman conclut, à la p. 169:

[TRADUCTION] Ses remarques donnent nécessairement l'impression qu'il a éprouvé des difficultés avec la preuve en raison de la longueur et du déroulement sporadique du procès. Il a indiqué, que la seule raison pour laquelle il n'a pas déclaré le procès nul est que «cela causerait un préjudice indu à l'accusé».

Puis il ajoute (à la p. 170):

[TRADUCTION] Je suis toutefois convaincu que, compte tenu de ces remarques et de la nature de la preuve, on ne saurait considérer que le procès a été équitable. Non seulement justice doit-elle être rendue, mais encore doit-il y avoir apparence de justice.

Je suis d'accord. Aux yeux du juge du procès, les circonstances étaient telles qu'il a sérieusement pensé à déclarer nul le procès et il a indiqué en somme qu'il l'aurait fait n'eût été sa crainte que l'accusé en subisse un préjudice indu.

Le juge Goodman de la Cour d'appel a distingué avec raison la présente affaire des appels qui ne sont fondés que sur le délai ou sur la présomption de préjudice qu'on peut en tirer.

Bien que le juge du procès n'ait pas précisé la nature de la difficulté qu'il éprouvait lors de la demande de non-lieu ou subséquemment, il est néanmoins évident que la nature intermittente des audiences l'a amené à conclure qu'il n'avait pas été en mesure d'apprécier de façon satisfaisante le dossier factuel complexe, comme il se devait pour trancher en connaissance de cause les questions dont il était saisi. Pour reprendre les propos de la Cour d'appel (à la p. 169):

[TRADUCTION] Son emploi du mot «entièrement» donne la nette impression que son souvenir ou son appréciation de la preuve étaient quelque peu limités, sauf pour le contenu de ses notes.

La persistance de la difficulté ressort de la mention qu'il en fait en des termes fort explicites à la fois au moment d'examiner la demande de non-

months later by way of preface to his reasons for verdict. As Major J. mentions, it is speculative to inquire whether the trial judge may have improved his recollection of the facts by reference to notes and transcripts in the period following the hearing of the nonsuit motion. However, the suggestion that the recollection of the trial judge improved with the additional lapse of time between that occasion and the rendering of a verdict is belied by his comment at the latter time that, for him as a judge, the extended and sporadic nature of the trial had been so extremely unsatisfactory that he gave serious consideration to declaring a mistrial and that his reason for not doing so was undue hardship to the accused.

It is remarkable that the reason for not declaring a mistrial is not that the trial judge has been able to overcome his difficulties as a judge (this would be the necessary and only valid reason for doing this), but rather concern for causing prejudice to the accused, presumably because a mistrial would lead to a new trial. This reason cannot justify rendering a verdict on the basis of a trial that is not fair, be it a conviction or an acquittal. A proper remedy in the event a fair trial cannot be held within a reasonable delay is a stay of proceedings.

Nor is the fact that the trial judge gave reasons referring to the evidence sufficient to allay the concern as to the fairness of the trial. The value of the reasons is dependent upon the grasp their author has of the evidence and the assessment he can make of it. The judge's comments imply that the deficiency in this respect was such that he would have declared a mistrial but for the prejudice this would cause the accused. This indicates that he was aware that the basis for his decision was flawed though he misapprehended the proper remedy.

The difficulty which was encountered by the trial judge, which related to the adequacy of the trial as a process, is very different from the requirement of a properly motivated judgment

lieu et, trois mois plus tard, dans l'introduction de ses motifs du verdict. Comme le juge Major le mentionne, la possibilité que le juge du procès ait bonifié son souvenir des faits en revoyant ses notes et les transcriptions au cours de la période qui a suivi l'audition de la demande de non-lieu n'est qu'une hypothèse. Toutefois, la proposition voulant que le souvenir du juge du procès se soit amélioré au cours du délai supplémentaire écoulé entre ce moment et son verdict est contredite par le commentaire qu'il a alors fait, selon lequel, pour lui, en tant que juge, un procès aussi long et sporadique était extrêmement insatisfaisant, à tel point qu'il avait sérieusement pensé à le déclarer nul et que son motif de ne pas le faire était le préjudice indu qui en aurait résulté pour l'accusé.

Il y a lieu de souligner que, si le juge du procès n'a pas déclaré nul le procès, ce n'est pas parce qu'il a pu surmonter ses difficultés en tant que juge (ce serait là la seule raison requise et valable de le faire), mais plutôt parce qu'il craignait qu'une telle mesure ne cause un préjudice à l'accusé, vraisemblablement parce que l'annulation du procès nécessiterait la tenue d'un nouveau procès. Ce motif ne saurait justifier qu'on rende un verdict à la suite d'un procès inéquitable, qu'il s'agisse d'une déclaration de culpabilité ou d'un acquittement. Lorsqu'un procès équitable ne peut être tenu dans un délai raisonnable, on peut y remédier notamment par l'arrêt des procédures.

Par ailleurs, le fait que le juge du procès ait exposé des motifs portant sur la preuve ne suffit pas à dissiper la crainte relative à l'équité du procès. La valeur des motifs du juge dépend de la compréhension qu'il a de la preuve et de l'évaluation qu'il peut en faire. Les commentaires du juge impliquent que la déficience à cet égard était telle qu'il aurait déclaré nul le procès n'eût été le préjudice que l'accusé en subirait. Il en ressort qu'il était conscient que le fondement de sa décision était vicié quoiqu'il se soit mépris sur la réparation appropriée.

La difficulté éprouvée par le juge du procès, qui touchait la qualité du procès en tant que processus, diffère grandement de l'exigence qu'un jugement soit suffisamment motivé, dont il était question

which was at issue in *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, to which Major J. makes reference. In that case, the question which this Court was considering was whether the failure of a trial judge to make reference to each piece of the evidence in the course of giving reasons, among other things, constituted an error of law. Sopinka J. concluded at p. 296 that:

A trial judge must consider all of the evidence in relation to the ultimate issue but unless the reasons demonstrate that this was not done, the failure to record the fact of it having been done is not a proper basis for concluding that there was error in law in this respect. [Emphasis added.]

Even though a trial judge need not make reference to all the evidence before him in the course of giving reasons for judgment, the reasons may yet demonstrate that there were significant inadequacies in the fact-finding process which justify the declaration of a mistrial. While the trial judge did give reasons for his conclusions in this case, his comments indicate that he did not consider that the process of fact gathering had provided him with an adequate basis for a due consideration of the evidence. I am, with respect, unable to share the conclusion of Major J. that the trial judge did not indicate in giving his trial verdict his reason why he had considered declaring a mistrial, and that there is no reason to conclude that he was not able to appreciate the evidence.

The comments of the trial judge are particularly significant given the nature of the evidence in this case. Apart from the complexity of the factual record, there were a number of issues of credibility which were raised on the evidence. An opportunity to make reference to and consider the totality of the evidence is an important part of any process of the assessment of evidence, and particularly credibility.

The circumstances of this case are different from those which demand an investigation of the sufficiency or insufficiency of the evidence. The issue here is not limited to whether the decision of the trial judge was within the scope of conclusions which the evidence allowed or mandated. Rather,

dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, auquel renvoie le juge Major. Dans cette affaire, notre Cour devait déterminer si l'omission, notamment, du juge du procès de mentionner chaque élément de preuve au moment de prononcer ses motifs constituait une erreur de droit. Le juge Sopinka conclut ceci, à la p. 296:

Le juge du procès doit examiner tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question ultime à trancher, mais à moins que les motifs démontrent que cela n'a pas été fait, l'omission de consigner que cet examen a été fait ne permet pas de conclure qu'une erreur de droit a été commise à cet égard. [Je souligne.]

Bien que le juge du procès n'ait pas à faire état de tous les éléments de preuve dont il est saisi lorsqu'il prononce ses motifs de jugement, ces derniers peuvent toutefois démontrer que le processus de recherche des faits accuse de grandes faiblesses qui justifient la nullité du procès. Bien que le juge du procès ait motivé ses conclusions en l'espèce, ses commentaires indiquent qu'il n'a pas estimé que le processus d'enquête sur les faits lui avait permis d'effectuer un examen convenable de la preuve. En toute déférence, je suis incapable de partager la conclusion du juge Major voulant qu'en prononçant son verdict le juge du procès n'ait pas exposé la raison pour laquelle il avait songé à déclarer nul le procès, et qu'il n'y ait aucune raison de conclure que ce dernier était incapable d'apprécier la preuve.

Les commentaires du juge du procès sont particulièrement importants compte tenu de la nature de la preuve en l'espèce. Outre la complexité du dossier factuel, plusieurs questions de crédibilité ont été soulevées par la preuve. La possibilité de se référer à l'ensemble de la preuve et de l'examiner est un attribut important de tout processus d'évaluation de la preuve et, particulièrement, de la crédibilité.

Les circonstances de l'espèce diffèrent de celles qui nécessitent l'examen du caractère suffisant ou insuffisant de la preuve. En l'espèce, il ne s'agit pas seulement de déterminer si la décision du juge du procès se situait dans les limites des conclusions que la preuve permettait de tirer ou comman-

the propriety of the conclusions of the trial judge is closely connected to the question of whether there was a proper consideration of the evidence in the first place. The facts in this case were such that the evidence upon which both the convictions and the acquittals were based was to a significant degree the same. It was correctly noted in the Court of Appeal that the evidence regarding the various counts was interwoven and interdependent, with the result that conclusions based on part of the evidence cannot be isolated from inadequacies in the fact-finding process as a whole. There was a variety of testimony and evidence which was necessarily subject to an assessment regarding credibility. In these circumstances, the presence of a statement by the trial judge that the fact-finding process was inadequate is sufficient grounds for a declaration of a mistrial.

In these circumstances, it was appropriate to send the entire matter, including the counts for which an acquittal was entered, back to trial. While the fairness and integrity of the trial process, including the fact-finding process, is a matter of law of concern to both trial and appellate courts, the proper place for the trial is before a trial judge and not in the Court of Appeal.

Conclusion

In view of the statements made by the trial judge, the Court of Appeal correctly understood the position of the trial judge at the time of the consideration of the nonsuit motion and when rendering a verdict. The statements of the trial judge demonstrate not only an inadequacy in the basis for his consideration of the evidence, but also that such an inadequacy was recognized at trial, despite the fact that it was improperly addressed. The importance which was accorded to the statements of the trial judge is consistent with the decision of this Court in *Morin, supra*, for statements such as that of the trial judge may evidence an inability to consider all of the evidence in relation to the ultimate issue. Such a failure cannot be remedied by the provision of a reasoned decision.

dit. Au contraire, la justesse des conclusions tirées par le juge du procès est étroitement liée à la question de savoir si la preuve avait d'abord été examinée régulièrement. Les faits de la présente affaire sont tels que les déclarations de culpabilité et les acquittements étaient fondés dans une large mesure sur la même preuve. La Cour d'appel a eu raison de souligner que la preuve relative aux différents chefs d'accusation était entremêlée et interdépendante et que, de ce fait, les conclusions fondées sur une partie de la preuve ne pouvaient être dissociées des faiblesses de l'ensemble du processus de recherche des faits. Il y avait divers témoignages et éléments de preuve dont la crédibilité devait nécessairement faire l'objet d'une évaluation. Dans ces circonstances, l'affirmation du juge du procès suivant laquelle le processus de recherche des faits était insatisfaisant suffit pour justifier l'annulation du procès.

Compte tenu des circonstances, il convenait de renvoyer à procès l'affaire en entier, y compris les chefs d'accusation à l'égard desquels un acquittement avait été prononcé. Bien que l'équité et l'intégrité du procès, y compris le processus de recherche des faits, soient une question de droit qui intéresse à la fois les tribunaux de première instance et les tribunaux d'appel, il convient que le procès se déroule devant un juge du procès et non en Cour d'appel.

Conclusion

Compte tenu des remarques du juge du procès, la Cour d'appel a bien saisi la position de ce dernier au moment où il a examiné la demande de non-lieu et lorsqu'il a rendu un verdict. Les remarques du juge du procès démontrent non seulement le caractère insatisfaisant du fondement de son examen de la preuve, mais également que ce caractère insatisfaisant a été reconnu au procès, en dépit de l'erreur commise dans la façon d'y remédier. L'importance accordée aux remarques du juge du procès est compatible avec l'arrêt de notre Cour *Morin*, précité, car des remarques comme celles faites par le juge du procès peuvent traduire une incapacité d'examiner l'ensemble de la preuve pertinente au litige. Une décision motivée ne saurait remédier à un tel défaut.

There is, therefore, no reason in this case to interfere with the disposition of the Court of Appeal that the acquittals should be set aside and a new trial ordered in respect of those counts for which acquittals were entered, and I would accordingly dismiss the appeal.

Appeal allowed in part, GONTHIER and CORY JJ. dissenting in part.

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

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Il n'y a donc aucune raison en l'espèce de modifier la décision de la Cour d'appel d'annuler les acquittements et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux chefs d'accusation faisant l'objet d'acquittements. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli en partie, les juges GONTHIER et CORY sont dissidents en partie.

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

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

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 7, 1993 Vol. 2

and Tables

Cited as [1993] 2 S.C.R. { i-1
995-1126

7^e cahier, 1993 Vol. 2

et Tables

Renvoi [1993] 2 R.C.S. { i-1
995-1126

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xiii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxvii
Authors Cited.....	xliv
Index.....	1111

Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)..... 995

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation —

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

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xli
Doctrine citée.....	xliv
Index.....	1119

Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)..... 995

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'ap-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion from federal referendum infringing s. 3 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion from federal referendum infringing s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 2(b) includes a positive right to be provided with a specific means of expression — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equal benefit of the law — New residents of a province — Province of residence — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion or Quebec's exclusion from federal referendum infringing s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

Elections — Federal referendum — Interpretation of federal referendum legislation — Powers of Chief Electoral Officer — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether federal referendum legislation may be interpreted to extend entitlement to vote in federal referendum to appellant — Whether Chief Electoral Officer had power to adapt Canada Elections Act so as to extend entitlement to vote in federal referendum to appellant — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30, ss. 3(1), 7(3) — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 9(1), 53, 55(5) — Regulation Adapting the Canada Elections Act, SOR/92-430.

Murphy v. Welsh; Stoddard v. Watson..... 1069

Practice — Limitation periods — Legal disability — Traffic accidents — Accidents giving rise to actions occurring when plaintiffs still minors — Action commenced while plaintiff still a minor or within time after reaching majority — Extension of time granted because of special circumstances to permit bringing of action by parent of minor — Whether the limitation period is to commence from the date a minor comes of age or disability ceases or whether from the date of the accident —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 2b) comporte-t-il le droit positif de se voir fournir un mode précis d'expression? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Droit au même bénéfice de la loi — Nouveaux résidents d'une province — Province de résidence — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant ou du Québec du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

Élections — Référendum fédéral — Interprétation de la loi fédérale en matière référendaire — Pouvoirs du directeur général des élections — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — La loi fédérale en matière référendaire peut-elle être interprétée comme attribuant à l'appelant le droit de voter au référendum fédéral? — Le directeur général des élections détenait-il le pouvoir d'adapter la Loi électorale du Canada de manière à ce qu'elle attribue à l'appelant le droit de voter au référendum fédéral? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30, art. 3(1), 7(3) — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 9(1), 53, 55(5) — Règlement adaptant la Loi électorale du Canada, DORS/92-430.

Murphy c. Welsh; Stoddard c. Watson..... 1069

Pratique — Délais de prescription — Incapacité juridique — Accidents de la circulation — Accidents donnant ouverture à des actions survenus lorsque les parties demandereses étaient

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Whether s. 47 of the Limitations Act applicable to the limitation period prescribed in s. 180 of the Highway Traffic Act — Whether court has discretion to grant relief from the consequences of a limitation period in "special circumstances" — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, s. 180(1), (2), (3) — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45, 47 — Rules of Civil Procedure, Rule 3.02.

Ramsden v. Peterborough (City)..... 1084

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Postering — Municipal by-law banning posters on public property — Whether postering a form of expression — If so, whether protected by s. 2(b) — If infringement of s. 2(b), whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

SOMMAIRE (Fin)

encore mineures — Action intentée dans les délais alors que la partie demanderesse était encore mineure ou après qu'elle eut atteint l'âge de la majorité — Prorogation de délai accordée, en raison de circonstances spéciales, pour permettre à un parent du mineur d'intenter une action — Le délai de prescription commence-t-il à courir à compter de la date à laquelle la personne atteint l'âge de la majorité ou cesse d'être incapable, ou à compter de la date de l'accident? — L'article 47 de la Loi sur la prescription des actions s'applique-t-il au délai de prescription établi à l'art. 180 du Code de la route? — La cour a-t-elle le pouvoir discrétionnaire de remédier aux conséquences d'un délai de prescription dans des «circonstances spéciales»? — Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 180(1), (2), (3) — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45, 47 — Règles de procédure civile, art. 3.02.

Ramsden c. Peterborough (Ville)..... 1084

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Affichage — Règlement municipal interdisant l'affichage sur une propriété publique — L'affichage est-il une forme d'expression? — Dans l'affirmative, est-il protégé par l'art. 2b)? — S'il y a violation de l'art. 2b), cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).



1993 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

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secretaries
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtiistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secrétaires
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

[1992] 2 S.C.R. p. 132, line *i-3* of the French version.
Read after “L’abrogation de telles dispositions” the words “exigeant la corroboration du témoignage d’enfants”.

[1992] 2 S.C.R. p. 702, line *a-2* of the French version.
Read “l’égalité à outrance” au lieu de “l’égalité avec vengeance”.

[1992] 2 R.C.S. p. 132, ligne *i-3* de la version française.
Lire après «L’abrogation de telles dispositions» les mots suivants: «exigeant la corroboration du témoignage d’enfants».

[1992] 2 R.C.S. p. 702, ligne *a-2* de la version française.
Lire «l’égalité à outrance» au lieu de «l’égalité avec vengeance».

MOTIONS—REQUÊTES
(April 1 to August 31, 1993 — 1^{er} avril au 31 août 1993)

- 332415 Alberta Ltd. v. P. F. C. Financial Ltd.* (Alta.), 23467, leave to appeal refused with costs, 30.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Abdool v. Somerset Place Developments of Georgetown Ltd.* (Ont.), 23347, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Acklands Ltd. v. 74108 Manitoba Ltd.* (Man.), 23277, leave to appeal refused with costs, 29.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Acme Building and Construction Ltd. v. Corporation of the Town of Newcastle* (Ont.), 23228, leave to appeal refused with costs, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Afridi v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 23108, notice of discontinuance filed, 14.4.93, avis de désistement produit.
- Alberta Union of Provincial Employees v. The Queen* (Alta.), 23552, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alcan Aluminium Ltd. v. Delgamuukw* (B.C.), 23426, leave to appeal refused with costs, 30.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ali c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 23448, leave to appeal refused, 8.7.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Alta Surety Co. v. Harris Steel Ltd.* (N.S.), 23224, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arbour c. Société canadienne de la Croix-Rouge* (Qué.), 23334, leave to appeal refused with costs, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Assessor of Area #16 — Chilliwack v. Carolin Mines Ltd. (Anglo Swiss Mining Corporation)* (B.C.), 23245, leave to appeal refused with costs, 22.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Baldasaro v. Law Society of Upper Canada* (Crim.)(Ont.), 23432, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Band v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 23349, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Banque nationale du Canada c. Tolaram Fibers Inc.* (Qué.), 23227, leave to appeal refused with costs, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrys Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (Nfld.), 23508, leave to appeal refused, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Bassant c. Dominion Textile Inc.* (Qué.), 23354, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bassile c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23327, leave to appeal refused, 29.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Bâtiments Fafard Inc. c. La Reine* (Qué.), 22750, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Bawolak c. Exroy Resources Ltd.* (Qué.), 23342, leave to appeal refused with costs, 29.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beaton v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23429, leave to appeal refused, 3.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Beaudoin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23412, leave to appeal refused, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Bernier c. Daoust* (Qué.), 23266, leave to appeal refused with costs, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Billett v. Laframboise* (Alta.), 23348, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Borsman v. Cherry* (B.C.), 23249, leave to appeal refused with costs, 22.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boukhelea v. Public Service Commission Appeal Board* (F.C.A.)(Ont.), 23420, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boulanger (Éric) c. Exposition agricole de Beauce Inc.* (Qué.), 23487, leave to appeal refused with costs, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boulanger (J. Robert) c. Commission scolaire régionale de l'Estrie* (Qué.), 23333, leave to appeal refused with costs, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brown v. The Queen* (Crim.)(Man.), 23479, notice of discontinuance filed, 25.5.93, avis de désistement produit.
- Brunet c. Commission des affaires sociales* (Qué.), 23489, leave to appeal refused, 17.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Burnley v. University of New Brunswick* (N.B.), 23400, leave to appeal refused with costs, 8.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- C. (H.) c. S.-M. (D.)* (Qué.), 23493, leave to appeal refused, 21.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- C.M. v. Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (Ont.), 23644, leave to appeal granted, 9.8.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Dagenais* (Ont.), 23403, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Broadcasting Corporation v. National Association of Broadcast Employees and Technicians* (Ont.), 23352, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian General Insurance Co. v. 132284 Canada Ltd.* (Ont.), 23182, leave to appeal refused with costs, 8.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Northern Shield v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 23469, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Union of Public Employees, Local 1159 v. Restigouche Senior Citizen's Home Inc.* (N.B.), 23363, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Caratun v. Caratun* (Ont.), 23310, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carlston v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 22964, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Central Investments & Development Corporation v. Canada Mortgage and Housing Corporation* (P.E.I.), 23438, leave to appeal refused with costs, 5.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charles R. Bell Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Nfld.), 23287, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chevron Standard Ltd. v. Demars* (Man.), 23402, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Chouinard c. Downs* (Crim.)(Qué.), 23341, leave to appeal refused, 8.4.93, autorisation de pourvoi refusée.

- Chu v. Laurentian Bank of Canada* (Alta.), 23286, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cormier v. Dixon* (N.B.), 23406, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cory v. Marsh* (B.C.), 23503, leave to appeal refused with costs, 30.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D.E.C. v. Minister of Health and Community Services* (N.B.), 23411, leave to appeal refused, 19.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Dartmouth (City of) v. Industrial Estates Ltd.* (N.S.), 23379, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (Man.), 23375, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Dee v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23561, leave to appeal refused, 5.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Descoteaux c. Banque nationale du Canada* (Qué.), 23322, leave to appeal refused with costs, 19.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Distribution Canada Inc. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(Ont.), 23462, leave to appeal refused, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Duguay c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23540, leave to appeal refused, 17.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Dwernychuk v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23399, leave to appeal refused, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Egedebo v. Bueckert* (B.C.), 23520, leave to appeal refused, 24.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Fairfield v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23504, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Farm Credit Corporation v. Dupuis* (Sask.), 23330, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Farm Credit Corporation v. Dupuis* (Sask.), 23331, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ferland c. Lachance* (Qué.), 23404, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fernandes v. The Director (Winnipeg Central)* (Man.), 23169, leave to appeal refused, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Ford v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23486, leave to appeal refused, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Freeman v. Corporation of the District of West Vancouver* (B.C.), 23367, leave to appeal refused with costs, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G.J.M. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23357, leave to appeal refused, 19.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- G.N.D. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23513, leave to appeal refused, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Gagnon v. Lucas* (Ont.), 23445, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Garderie Blanche-Neige Inc. c. Office des services de garde à l'enfance* (Qué.), 23578, leave to appeal refused with costs, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Garderie Morin Inc. c. Office des services de garde à l'enfance* (Qué.), 23569, leave to appeal refused with costs, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Garnet Lane Developments Ltd. v. Webster* (Ont.), 23279, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gaultier v. The Queen in right of the province of Manitoba* (Man.), 23533, notice of discontinuance filed, 25.5.93, avis de désistement produit.

- Gelco Express Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 23453, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gormergrat Developments Ltd. v. Ryan Road Developments Inc.* (Ont.), 23323, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Greater Edmonton Development Corporation v. BTK Holdings Ltd.* (Alta.), 23281, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guay c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23388, leave to appeal refused, 19.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Guessous c. Banque canadienne impériale de Commerce* (Qué.), 23376, leave to appeal refused, 19.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Hayes v. British Columbia Television Broadcasting System* (B.C.), 23444, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Heller v. Greater Vancouver Regional District* (B.C.), 23271, leave to appeal refused, 29.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Hoffman v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23465, leave to appeal refused, 19.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Hoogenraad v. Iannone* (B.C.), 22971, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Iafolla v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23459, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Jean-Marc Trudel Inc. c. Fafard* (Qué.), 23499, leave to appeal refused with costs, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jones v. Boundary Shores Golf Course Ltd.* (B.C.), 23230, leave to appeal refused with costs, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kiliaris c. Banque canadienne impériale de Commerce* (Qué.), 23416, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- King v. Gulf Canada Ltd.* (Ont.), 23440, leave to appeal refused with costs, 17.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Klevering v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23545, leave to appeal refused, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Kordas v. Stokes Seeds Ltd.* (Ont.), 23344, leave to appeal refused with costs, 22.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kripps v. The Queen in right of the province of British Columbia* (Crim.)(B.C.), 23268, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lachman v. Lachman* (Alta.), 23501, leave to appeal refused with costs, 5.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lacombe Nurseries Ltd. v. Farm Credit Corporation* (Alta.), 23297, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laplante v. Collinson* (B.C.), 23390, leave to appeal refused with costs, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laval (Ville de) c. Ville de Montréal* (Qué.), 23417, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Law Society of Newfoundland v. Nixon* (Nfld.), 23274, leave to appeal refused, 29.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Laxton v. Commonwealth Investors Syndicate Ltd.* (B.C.), 23200, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leggett v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 23332, leave to appeal refused, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée.

- Lemire c. Perron* (Qué.), 23547, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leonard v. Nicholls* (Ont.), 23317, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Levine v. Shaw* (Ont.), 23557, notice of discontinuance filed, 24.8.93, avis de désistement produit.
- Locke v. Calgary Local Board of Health* (Alta.), 23410, leave to appeal refused with costs, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Logan Stevens Construction (1981) Ltd. v. Petwa Canada Ltd.* (Sask.), 23528, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Loiselle c. Société Canada Trust, Le Permanent* (Qué.), 23523, leave to appeal refused with costs, 8.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Longchamps v. Farm Credit Corporation* (Alta.), 23309, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Maksymiw v. Botiuk* (Ont.), 23510, leave to appeal refused with costs, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Maley v. Montreal Trust Co.* (Sask.), 23418, leave to appeal refused with costs, 8.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manek c. Tribunal du travail* (Qué.), 23305, leave to appeal refused, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Marijon c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23291, leave to appeal refused, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- McAndrew v. British Columbia Transit* (B.C.), 23275, leave to appeal refused with costs, 22.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McQuat v. Law Society of British Columbia* (B.C.), 23600, leave to appeal refused, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Mills v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23678, notice of discontinuance filed, 23.8.93, avis de désistement produit.
- Minister of Finance for the province of Newfoundland v. Hope Brook Gold Inc.* (Nfld.), 23329, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moloney v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23336, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montréal (Ville de) c. Commerce and Industry Insurance Co.* (Qué.), 23505, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipal Corporation of the City of Etobicoke v. Hewes* (Ont.), 23570, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Murray-Audain v. Jackson* (Ont.), 23314, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Nettoyeur Eden Inc. c. Masella* (Qué.), 23551, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Osei-Twum v. Williams* (Ont.), 23419, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Oshawa Group Ltd. v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 22442, notice of discontinuance filed, 31.8.93, avis de désistement produit.
- Pitre v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 23434, leave to appeal refused, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Pittman v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23436, leave to appeal refused, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Poulin c. Commission Scolaire Régionale de l'Estrie* (Qué.), 23333, leave to appeal refused with costs, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Téléphone Guèvremont Inc.* (Qué.), 23345, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.

- Promafil Canada Ltée c. Munsingwear, Inc.* (C.A.F.)(Qué.), 23238, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Prosper v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23178, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. 311326 Alberta Ltd.* (Crim.)(Alta.), 23464, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Basquill* (Crim.)(Ont.), 23461, leave to appeal refused, 19.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Heywood* (Crim.)(B.C.), 23384, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Lajoie* (Crim.)(Ont.), 23556, leave to appeal refused, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Mason* (Crim.)(N.S.), 23385, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Matheson* (Crim.)(P.E.I.), 23312, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Peruta* (Crim.)(Qué.), 23360, leave to appeal refused, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- R. du chef du Québec v. Ontario Securities Commission* (Ont.), 23356, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. in right of Canada v. Reza* (Ont.), 23361, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of the province of New Brunswick v. Bond* (N.B.), 23301, leave to appeal refused with costs, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R.N.R. Transport Ltée c. Beaver Foundations Ltd.* (Qué.), 23255, leave to appeal refused with costs, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R.N.R. Transport Ltée c. Beaver Foundations Ltd.* (Qué.), 23262, leave to appeal refused with costs, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ramsay v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 23337, leave to appeal refused, 8.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Red River Forest Products Inc. v. Ferguson* (Man.), 23377, leave to appeal refused, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Rhéaume c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 23407, leave to appeal refused with costs, 17.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ribeiro v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 23378, leave to appeal refused with costs, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Riley v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23386, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Rolls Royce (Canada) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 23451, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosebush v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23288, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Rousseau c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22695, notice of discontinuance filed, 5.4.93, avis de désistement produit.
- Rusnak v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23472, leave to appeal refused, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- S. (M.) v. S. (P.I.)* (B.C.), 23475, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saini v. Minister of Employment and Immigration* (Ont.), 23619, leave to appeal refused, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Savard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22715, leave to appeal refused, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Scallion v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23473, leave to appeal refused, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Scanlon v. Castlepoint Development Corporation* (Ont.), 23427, leave to appeal refused with costs, 5.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schultz v. County of Camrose No. 22* (Alta.), 23539, leave to appeal refused with costs, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Service Employees' International Union, Local 336 v. Eastend Wolf Willow Health Centre* (Sask.), 23437, leave to appeal refused, 30.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Services de béton universels Ltée c. Signalization de Montréal Inc.* (C.A.F.)(Qué.), 23449, leave to appeal refused with costs, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shaw v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 23532, leave to appeal refused with costs, 5.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Silbernagel v. The Queen* (B.C.), 23394, leave to appeal refused with costs, 15.7.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Sutliff* (Qué.), 23506, leave to appeal refused with costs, 12.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sinclair v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23316, leave to appeal refused, 8.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23618, leave to appeal refused, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Société Radio-Canada c. Cuddihy* (Crim.)(Qué.), 23350, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Jean v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 23351, leave to appeal refused, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée.
- St-Onge c. La Reine en chef du gouvernement du Canada* (C.A.F.)(Ont.), 23370, leave to appeal refused, 13.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Steinberg Inc. c. Société des alcools du Québec* (Qué.), 23276, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau Section locale 57 c. Fortier* (Qué.), 23257, leave to appeal refused with costs, 1.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- T. Eaton Co. v. Prince* (B.C.), 23207, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tataryn v. Tataryn* (B.C.), 23398, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec* (Qué.), 23243, leave to appeal refused with costs, 29.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thompson c. L'Hôpital général de Montréal* (Qué.), 23364, leave to appeal refused with costs, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Touche Ross & Co. v. The Queen in right of the province of British Columbia* (B.C.), 23267, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tozzo v. Zaffino* (Ont.), 23447, leave to appeal refused with costs, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tran v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23321, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Tucker v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23431, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- United States of America c. Doyer* (Crim.)(Qué.), 23343, leave to appeal granted, 27.5.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Vancouver Art Metal Works Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 23548, leave to appeal refused with costs, 26.8.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Varma v. Canada Labour Relations Board* (F.C.A.)(Ont.), 23408, leave to appeal refused with costs, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Villafranca v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Man.), 23442, leave to appeal refused, 5.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Ville de La Prairie c. Gulf Canada Ltée* (Qué.), 23458, leave to appeal refused with costs, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- W. A. Stephenson Construction (Western) Ltd. v. Bensler* (Alta.), 23463, leave to appeal refused, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Waite v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23374, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Western Surety Co. v. Price Waterhouse Ltd.* (B.C.), 23392, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Westfair Foods Ltd. v. Saskatchewan Labour Relations Board* (Sask.), 23391, leave to appeal refused with costs, 10.6.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- White (Lilianne) c. Gauthier* (Qué.), 23425, leave to appeal refused, 19.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- White (Susan) v. Lumbermen's Mutual Casualty Co.* (Ont.), 23328, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Williams v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23387, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Wilmot Estates Ltd. v. North American Life Assurance Co.* (Man.), 23414, leave to appeal refused, 27.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Wilson v. The Queen* (Crim.)(Man.), 23446, leave to appeal refused, 19.5.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Yonge-Esplanade Enterprises Ltd. v. Ackland* (Ont.), 23346, leave to appeal refused with costs, 6.5.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Young v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23491, leave to appeal refused, 5.8.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Zlatic v. Stannell* (Ont.), 22793, leave to appeal refused with costs, 15.4.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
		Conway v. Canada	872
		Cunningham v. Canada.....	143
677950 Ontario Ltd., Artell Developments Ltd. v.	443		
Aalders, R. v.....	482		
Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd.	443		
Attorney General see also “Canada” or the name of province			
B			
Berg, University of British Columbia v.....	353		
Bevan, R. v.....	599		
Bradco Construction Ltd., United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v.....	316		
Brown, R. v.	918		
C			
C. (R.), R. v.....	226		
Canada (Attorney General), Sauvé v.	438		
Canada (Attorney General) v. Ward.....	689		
Canada (Attorney General), Weatherall v.....	872		
Canada (Chief Electoral Officer), Haig v.....	995		
Canada, Conway v.	872		
Canada, Cunningham v.....	143		
CAW-Canada, Dayco (Canada) Ltd. v.....	230		
Ciarlariello v. Schacter.....	119		
Ciment Québec Inc., Saint-Basile, Village Sud (Corporation municipale de) v.....	823		
Clutterbuck, R. v.	447		
Commission see also “Canada” or the name of province			
D			
		D. (A), R. v.....	441
		Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada Ltd.	230
		Domtar Inc. v. Lapointe.....	756
		Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles).....	756
E			
		Egger, R. v.	451
		Erickson, R. v.....	649
		Evans, R. v.	629
F			
		Flieger v. New Brunswick.....	651
		Frazier, R. v.....	866
G			
		Gallagher, R. v.	861
		Goncalves, R. v.....	3
H			
		Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)	995
		Hall v. Hebert.....	159
		Hasselwander, R. v.....	398
		Hawkins, R. v.....	157
		Hebert, Hall v.....	159

	PAGE		PAGE
I		R	
Imbeault, R. v.	51	R. v. Aalders.....	482
		R. v. Bevan.....	599
K		R. v. Brown.....	918
Kourtessis v. M.N.R.....	53	R. v. C. (R.).....	226
		R. v. Clutterbuck.....	447
L		R. v. D. (A.).....	441
Lapointe, Domtar Inc. v.....	756	R. v. Egger.....	451
Lassonde, R. v.	51	R. v. Erickson.....	649
		R. v. Evans.....	629
M		R. v. Frazer.....	866
M. (J.J.), R. v.	421	R. v. Gallagher.....	861
M.N.R., Kourtessis v.....	53	R. v. Goncalves.....	3
Maccooh, R. v.	802	R. v. Hasselwander.....	398
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Hawkins.....	157
ince		R. v. Imbeault.....	51
Murphy v. Welsh.....	1069	R. v. Lassonde.....	51
		R. v. Maccooh.....	802
N		R. v. M. (J.J.).....	421
New Brunswick, Flieger v.....	651	R. v. Osolin.....	313
		R. v. Potvin.....	880
		R. v. Slaney.....	228
		R. v. Th��roux.....	5
		R. v. Thornton.....	445
		R. v. Tortone.....	973
		R. v. Tremblay.....	932
		R. v. V. (K.B.).....	857
		R. v. Zlatic.....	29
		Ramsden v. Peterborough (City).....	1084
		Reference re <i>Education Act</i> (Que).....	511
O		S	
Office see also "Canada" or the name of province		Saint-Basile, Village Sud (Corporation	
Osolin, R. v.	313	municipale de) v. Ciment Québec Inc.	823
		Sauvé v. Canada (Attorney General).....	438
P		Schacter, Ciarlariello v.....	119
Peterborough (City), Ramsden v.	1084	Slaney, R. v.	228
Potvin, R. v.	880	Stoddard v. Watson.....	1069
Q		T	
Queen see also "R."		The Queen see also "R."	
Quebec (Commission d'appel en matière de l��-		Théroux, R. v.	5
sions professionnelles) Domtar Inc. v.....	756	Thornton, R. v.	445
		Tortone, R. v.....	973
		Tremblay, R. v.....	932

	PAGE		PAGE
U		W	
Union see also under abbreviated name		Ward, Canada (Attorney General) v.....	689
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	316	Watson, Stoddard v.	1069
University of British Columbia v. Berg.....	353	Weatherall v. Canada (Attorney General).....	872
		Welsh, Murphy v.....	1069
		Westar Mining Ltd. (Re).....	448
V		Z	
V. (K.B.), R. v.....	857	Zlatic, R. v.....	29

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la
rubrique «Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		D	
677950 Ontario Ltd., Artell Developments Ltd. c.	443	D. (A.), R. c.	441
Aalders, R. c.	482	Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada	230
Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd.	443	Domtar Inc. c. Lapointe	756
		Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....	756
B		E	
Berg, Université de la Colombie-Britannique c.	353	Egger, R. c.	451
Bevan, R. c.	599	Erickson, R. c.	649
Bradco Construction Ltd., Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, sec- tion locale c.	316	Evans, R. c.	629
Brown, R. c.	918		
C		F	
C. (R.), R. c.	226	Flieger c. Nouveau-Brunswick	651
Canada, Conway c.	872	Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	316
Canada, Cunningham c.	143	Frazer, R. c.	866
Canada (Directeur général des élections), Haig c.	995		
Canada (Procureur général), Sauvé c.	438	G	
Canada (Procureur général) c. Ward	689	Gallagher, R. c.	861
Canada (Procureur général), Weatherall c.	872	Goncalves, R. c.	3
Ciarlariello c. Schacter	119		
Ciment Québec Inc., Saint-Basile, Village Sud (Corporation municipale de) c.	823	H	
Clutterbuck, R. c.	447	Haig, c. Canada (Directeur général des élections)	995
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		Hall c. Hebert	159
Conway c. Canada	872	Hasselwander, R. c.	398
Cunningham c. Canada	143	Hawkins, R. c.	157
		Hebert, Hall c.	159

	PAGE		PAGE
I		R	
Imbeault, R. c.	51	Reine voir aussi «R.»	
		R. c. Aalders.....	482
K		R. c. Bevan.....	599
Kourtessis c. M.R.N.	53	R. c. Brown.....	918
		R. c. C. (R.).....	226
L		R. c. Clutterbuck.....	447
La Reine voir aussi «R.»		R. c. D. (A.).....	441
Lapointe, Domtar Inc. c.	756	R. c. Egger.....	451
Lassonde, R. c.	51	R. c. Erickson.....	649
		R. c. Evans.....	629
M		R. c. Frazer.....	866
M. (J.J.), R. c.	421	R. c. Gallagher.....	861
M.R.N., Kourtessis c.	53	R. c. Goncalves.....	3
Macooh, R. c.	802	R. c. Hasselwander.....	398
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Hawkins.....	157
Murphy c. Welsh.....	1069	R. c. Imbeault.....	51
		R. c. Lassonde.....	51
N		R. c. M. (J.J.).....	421
Nouveau-Brunswick, Flieger c.	651	R. c. Maccooh.....	802
		R. c. Osolin.....	313
O		R. c. Potvin.....	880
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Slaney.....	228
Osolin, R. c.	313	R. c. Thérroux.....	5
		R. c. Thornton.....	445
P		R. c. Tortone.....	973
Peterborough (Ville), Ramsden c.	1084	R. c. Tremblay.....	932
Potvin, R. c.	880	R. c. V. (K.B.).....	857
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Zlatic.....	29
		Ramsden c. Peterborough (Ville).....	1084
Q		Renvoi relatif à la <i>Loi sur l'instruction publique</i>	
Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), Domtar Inc. c.	756	(Qué.).....	511
		S	
		Saint-Basile, Village Sud (Corporation municipale de) c. Ciment Québec Inc.	823
		Sauvé c. Canada (Procureur général).....	438
		Schacter, Ciarlariello c.	119
		Slaney, R. c.	228
		Stoddard c. Watson.....	1069
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
		T	
		TCA-Canada, Dayco (Canada) Ltd. c.	230
		Thérroux, R. c.	5

	PAGE		PAGE
Thornton, R. c.	445		
Tortone, R. c.	973		
Tremblay, R. c.	932		
U			
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	353		
V			
V. (K.B.), R. c.	857		
		W	
		Ward, Canada (Procureur général) c.	689
		Watson, Stoddard c.	1069
		Weatherall c. Canada (Procureur général).....	872
		Welsh, Murphy c.	1069
		Westar Mining Ltd. (Re).....	448
		Y	
		Zlatic, R. c.	29

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Adler v. Adler	[1966] 1 O.R. 732.....	79, 105
Affaire Wemhoff.....	Cour eur. D.H., arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7	899, 912
Ahmed c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1990] A.C.F. no. 962	727
Ahmed v. Minister of Employment and Immigration.....	[1990] F.C.J. No. 962.....	727
Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College	[1982] 1 S.C.R. 923.....	338
Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College	[1982] 1 R.C.S. 923.....	338
Allman and Commissioner of the Northwest Territories, Re	(1983), 144 D.L.R. (3d) 467	1035
Aluminium du Canada Ltée v. Village de Melocheville.....	[1973] S.C.R. 792.....	850
Amato v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 418.....	915
Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.	727 F.2d 177 (1984).....	284
Anderson v. Alpha Portland Industries, Inc.....	836 F.2d 1512 (1988).....	283
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	151, 738, 1043
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728	180, 186, 201
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	89
Arrechea Gonzalez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration ...	[1991] A.C.F. 408.....	727
Arrechea Gonzalez v. Minister of Employment and Immigration	[1991] F.C.J. No. 408.....	727
Arteaga v. I.N.S.....	836 F.2d 1227 (1988).....	716
Artiga Turcios v. I.N.S.....	829 F.2d 720 (1987).....	716
Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	(1979), 31 N.R. 121.....	727
Astudillo v. Minister of Employment and Immigration.....	(1979), 31 N.R. 121.....	727
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.....	[1983] 2 S.C.R. 206.....	74
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307.....	86, 113
Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada	[1945] S.C.R. 600.....	77
Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 S.C.R. 575.....	530
Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.	[1941] S.C.R. 87.....	105, 376

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	151
Balareso c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	(1985), D.C.A.I. M83-1542.....	727
Balareso v. Minister of Employment and Immigration.....	(1985), I.A.B.D. M83-1542	727
Banque d'Hochelaga v. Waterous Engine Works Co.....	(1897), 27 S.C.R. 406.....	841
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	65, 94
Basarsky v. Quinlan.....	[1972] S.C.R. 380.....	1081
BCGEU c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214.....	1033
BCGEU v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	1033
Beattie v. Governors of Acadia University	(1976), 72 D.L.R. (3d) 718	366
Bélair v. Ville de Ste-Rose	(1922), 63 S.C.R. 526.....	833
Béland et Mines Wabush	Unreported/Inédit, C.A.L.P., No. 00138-09-8604, November 27, 1986.....	782
Bélanger v. The Queen	[1970] S.C.R. 567	412
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	333, 775
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	333, 775
Bell Canada and Communication Workers of Canada, Re	(1980), 27 L.A.C. (2d) 163	254
Bell Telephone Co. of Canada v. Ville St-Laurent.....	(1935), 60 Que. K.B. 101.....	833
Betts v. Sanderson Estate.....	(1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1.....	171, 204
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.....	[1984] 2 S.C.R. 476.....	328
Bloedel v. University of Calgary	(1980), 1 C.H.R.R. D/25	381
Board of Pardons v. Allen	482 U.S. 369 (1987)	149
Board of Regents of State Colleges v. Roth.....	408 U.S. 564 (1972)	149
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	114
Bourque v. Westlock School Division No. 37.....	(1986), 8 C.H.R.R. D/3746	380
Bower v. Bunker Hill Co.....	725 F.2d 1221 (1984).....	291
Bradburn v. Wentworth Arms Hotel Ltd.	[1979] 1 S.C.R. 846.....	245, 328
Brecht v. Abrahamson.....	113 S.Ct. 1710 (1993).....	925
Bricklayers' & Masons' Union, Local 1, and Wilchar Construction Ltd., Re.....	(1962), 12 L.A.C. 347	254
Brown v. Dean	[1910] A.C. 373	923
Burkett v. Cunningham.....	826 F.2d 1208 (1987).....	914
Burns v. Edman.....	[1970] 1 All E.R. 886.....	174
Butterfield v. Forrester.....	(1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926.....	206
C		
Cablevision (Montreal) Inc. v. Deputy Minister of Revenue of Quebec.....	[1978] 2 S.C.R. 64.....	841
Cablevision (Montréal) Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec	[1978] 2 R.C.S. 64.....	841
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983.....	259, 328, 371
Calgary Board of Education v. Deyell.....	(1984), 8 C.H.R.R. D/3668	390
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	269, 335, 368, 778

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941... 259, 333, 656, 682, 771	
Canada (Attorney General) v. Rosin.....	[1991] 1 F.C. 391	373
Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.	[1983] 1 S.C.R. 452.....	172, 210
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	1033
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	1033
Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Associ- ation, Local 269	[1983] 1 S.C.R. 245.....	772
Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 S.C.R. 147.....	91
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1991] 1 R.C.S. 614.....	259, 771
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941... 259, 333, 656, 682, 771	
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	269, 335, 368, 779
Canada (Procureur général) c. Rosin	[1991] 1 C.F. 391	373
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1992] 1 S.C.R. 236.....	87
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	1019
Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada.....	(1985), 49 O.R. (2d) 557.....	88
Canadian Paperworkers Union v. Pulp and Paper Industrial Rela- tions Bureau	(1977), 77 C.L.L.C. 675	294
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227... 250, 309, 337, 349, 772	
Caparo Industries p.l.c. v. Dickman.....	[1990] 1 All E.R. 568.....	186
Car and General Insurance Corp. v. Seymour.....	[1956] S.C.R. 322	173, 208
Carpenters' District Council of Toronto and Vicinity and Engineer- ing Structures and Components, Re.....	(1978), 19 O.R. (2d) 445.....	254
Cawley v. Branchflower	(1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35.....	1049
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147.....	1080
Century Brass Products, Inc. v. U.A.W.	795 F.2d 265 (1986).....	301
Charter v. Race Relations Board.....	[1973] 1 All E.R. 512.....	362
Chemical and Alkali Workers v. Pittsburgh Plate Glass Co.....	404 U.S. 157 (1971)	282
Cheung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1993] A.C.F. n° 309	728
Cheung v. Minister of Employment and Immigration	[1993] F.C.J. No. 309	728
Church of Scientology and The Queen (No. 6), Re.....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 449	111
Cie de papier Québec et Ontario Ltée v. Baie-Comeau (Ville de) Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.	J.E. 89-200	847
	[1983] 1 R.C.S. 452.....	172, 210
Cité de Montréal v. Bélec.....	[1927] S.C.R. 535.....	411
City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co.....	[1923] S.C.R. 652.....	115
City of Winnipeg v. Barrett.....	[1892] A.C. 445	530
Colburn v. Patmore	(1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999.....	178
Collins & Aikman Inc. et Dansereau	[1986] C.A.L.P. 134	783
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739	616

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Cominco Pensioners Union and Cominco Ltd.	[1979] 2 Can. L.R.B.R. 322.....	297
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139.....	1094
Commission de la santé et de la sécurité du travail v. BG Chéco International Ltée.....	[1991] T.T. 405.....	768
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	367
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139.....	1094
Communications Union Canada and Bell Canada, Re.....	(1979), 23 O.R. (2d) 701.....	279
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	1019
Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 236.....	87
Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax, section locale 269.....	[1983] 1 R.C.S. 245.....	772
Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 R.C.S. 147.....	91
Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault	[1988] 1 S.C.R. 1033.....	923
Coulombe v. The Queen	Unreported/Inédit, F.C.T.D., No. T-390-84, April 5, 1984.....	661
Coulter Manufacturing Ltd., Re	(1972), 1 L.A.C. (2d) 426	297
Cox v. The Queen	[1963] S.C.R. 500	35
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220.....	91, 333
Crevier v. Attorney General of Quebec.....	[1981] 2 S.C.R. 220.....	91, 333
Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.....	[1988] 1 S.C.R. 1186.....	173, 187
Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	(1988) 10 Imm. L.R. (2d) 47	727
Cruz v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47	727
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5.....	779
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	779

D

D.B. and the Queen, Re.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 468	431
Davies v. Mann	(1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588.....	206
Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada	[1993] 2 R.C.S. 230.....	334, 349, 771
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230.....	334, 349, 771
De Havilland Aircraft and United Automobile Workers, Re.....	(1976), 13 L.A.C. (2d) 401	263
De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and U.A.W., Local 112, In re	(1950), 2 L.A.C. 465	271
DeLancy v. Caldwell.....	741 F.2d 1246 (1984).....	914
Desmeules et Entreprises B.L.H. Inc.	[1986] C.A.L.P. 66	782
Devine c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 790.....	1033
Devine v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 790.....	1033
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562	182, 201
Donohue Bros. v. Parish of St-Étienne de la Malbaie	[1924] S.C.R. 511	849
Dorset Yacht Co. v. Home Office.....	[1969] 2 Q.B. 412.....	202
Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell	[1980] 1 S.C.R. 245.....	251, 337
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	779
Dube v. Labar.....	[1986] 1 S.C.R. 649.....	173, 208

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Dumas c. Centre de détention Leclerc	[1986] 2 R.C.S. 459.....	148
Dumas v. Leclerc Institute	[1986] 2 S.C.R. 459.....	148
Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.	(1920), 60 S.C.R. 310.....	188
Dyson v. Attorney-General.....	[1911] 1 K.B. 410.....	86
E		
Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739.....	809
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	1033
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	1033
Eid v. Dumas.....	[1969] S.C.R. 668.....	208
Escoto c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	(1987), D.C.A.I. T87-9024X.....	727
Escoto v. Minister of Employment and Immigration.....	(1987), I.A.B.D. T87-9024X.....	727
Estrada-Posadas v. I.N.S.	924 F.2d 916 (1991).....	716
Evans and The Queen, Re	(1986), 30 C.C.C. (3d) 313	154
F		
Fells v. Spence	[1984] N.W.T.R. 123.....	1055
Fink v. Saskatoon (City of).....	(1986), 7 C.H.R.R. D/3431	1102
Fitzmartin and Village of Newburgh, Re.....	(1911), 24 O.L.R. 102.....	1054
Fleming v. Reid.....	(1991), 4 O.R. (3d) 74.....	135
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	1033, 1096
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712.....	1033, 1096
Forget, Re	(1990), 74 D.L.R. (4th) 547	1093
Fortune Footwear and United Textile Workers of Amercia, Local 369, Re	(1980), 25 L.A.C. (2d) 350.....	254
Foster v. Morton.....	(1956), 4 D.L.R. (2d) 269	171
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal	[1985] 2 S.C.R. 74.....	310
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316.....	775
G		
Gala v. Preston	(1991), 172 C.L.R. 243	171, 191, 219
Gallagher c. Nouveau-Brunswick (Conseil de gestion).....	(1990), 105 R.N.-B. (2 ^e) 181	680
Gallagher v. New Brunswick (Board of Management).....	(1990), 105 N.B.R. (2d) 181	680
Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun.....	[1979] 2 S.C.R. 435.....	366
Genstar Chemical Ltd. v. I.C.W.U., Local 721	[1978] O.L.R.B. Rep. 835	275
Goldman v. Hoffmann-La Roche Ltd.	(1987), 35 C.C.C. (3d) 488	79, 100
Gonthier v. Canada	(1986), 77 N.R. 386.....	660
Goodyear Canada Inc. and United Rubber Workers, Local 232, Re Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	(1980), 28 L.A.C. (2d) 196.....	261
	[1989] 1 R.C.S. 377.....	530

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 377.....	530
Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex	442 U.S. 1 (1979).....	149
Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co.....	[1915] 2 K.B. 536.....	85
H		
Hamilton Civic Hospitals v. Canadian Union of Public Employees, Local 794.....	[1983] O.L.R.B. Rep. 371	279
Harper v. Grasser	150 P. 1175 (1915).....	175
Harris v. Toronto Transit Commission.....	[1967] S.C.R. 460.....	224
Hegarty v. Shine.....	(1878), 14 Cox C.C. 145.....	213
Hémond v. Coopérative fédérée du Québec	[1989] 2 S.C.R. 962.....	273
Hempler v. Todd.....	(1970), 14 D.L.R. (3d) 637	204
Henwood v. Municipal Tramways Trust.....	(1938), 60 C.L.R. 438	183
Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 768.....	310, 350
Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission	[1979] 2 S.C.R. 768.....	310, 350
Hipperson v. Newbury District Electoral Registration Officer.....	[1985] Q.B. 1060.....	1054
Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal	[1928] A.C. 200, [1926] S.C.R. 246...528, 530	
Hobson v. British Columbia Institute of Technology.....	(1988), 9 C.H.R.R. D/4666	376
Hydro-Québec v. Conseil des services essentiels.....	(1991), 41 Q.A.C. 292.....	793
I		
I.N.S. v. Elias-Zacarias	112 S.Ct. 812 (1992).....	749
Incirciyan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	(1987), D.C.A.I. M87-1541X/M87-1248	727
Incirciyan v. Minister of Employment and Immigration	(1987), I.A.B.D. M87-1541X/M87-1248	727
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink.....	[1982] 2 S.C.R. 145.....	366
Int'l Ass'n of Machinists, Local 1740, and John Bertram & Sons Co., Re.....	(1967), 18 L.A.C. 362	342
International Chemical Workers, Local 564, and Cyanamid of Cana- da Ltd., Re	(1969), 20 L.A.C. 111	275
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	1033, 1066, 1092
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	1033, 1066, 1092
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 282.....	798
J		
Jackson v. Harrison.....	(1978), 138 C.L.R. 438	219
Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island, Re	(1986), 31 D.L.R. (4th) 536.....	382
John v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 476.....	493, 509
John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston	376 U.S. 543 (1964).....	280
Jordan House Ltd. v. Menow	[1974] S.C.R. 239.....	187, 204
Joubert v. Toronto General Trusts Corp.	(1955), 15 W.W.R. 654.....	171

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Just c. Colombie-Britannique.....	[1989] 2 R.C.S. 1228.....	187
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228.....	187
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2.....	180, 187, 202, 1080
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2.....	180, 187, 202, 1080
Katco v. Briney	183 N.W.2d 657 (1971)	175
Keffer v. H. K. Porter Co.....	872 F.2d 60 (1989).....	293
Kelly v. British Columbia.....	(1990), 12 C.H.R.R. D/216	376
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729.....	40
Knox Contracting Ltd. v. Canada	[1990] 2 S.C.R. 338.....	65, 94
Kohli v. Moase.....	(1988), 55 D.L.R. (4th) 737.....	112
L		
L.H.F. and the Queen, Re.....	(1985), 24 C.C.C. (3d) 152.....	431
Lacroix v. La Reine	[1989] R.J.Q. 812	22
Lafrance v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 201.....	21, 337, 50
Lai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	(1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245	727
Lai v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	(1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245	727
Lambert et Vic Métal Corp.	[1986] C.A.L.P. 147	783
Lampard v. The Queen	[1969] S.C.R. 373.....	494
Lane v. Holloway.....	[1967] 3 All E.R. 129.....	171
Latour v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 361.....	493
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	588
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City).....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	588
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211.....	151
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	151
LeDrew v. Council for Nursing Assistants.....	(1989), 10 C.H.R.R. D/6259	380
Leggatt v. Brown.....	(1899), 30 O.R. 225.....	342
Lehnert v. Stein	[1963] S.C.R. 38	173, 208
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740	[1990] 3 R.C.S. 644.....	260, 341, 775
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.....	[1990] 3 S.C.R. 644.....	259, 341, 775
Létourneau et Électricité Kingston Inc.	[1986] C.A.L.P. 241	783
Lewis v. Brannen	65 S.E. 189 (1909)	175
Lewis v. Sayers	[1970] 3 O.R. 591.....	218
Lightfoot v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 566.....	474
Lincoln Election, Re	(1876), 2 O.A.R. 316.....	1049
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.	[1992] 3 S.C.R. 299.....	202
Lower St. Lawrence Power Co. v. Immeuble Landry Ltée.....	[1926] S.C.R. 655.....	843

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
M		
M. (K.) v. M. (H.).....	[1992] 3 S.C.R. 6.....	1079
Mack v. Enns.....	(1981), 30 B.C.L.R. 337.....	194
Mack v. Enns.....	(1983), 44 B.C.L.R. 145.....	171
Maher v. Town of Portland.....	(1874), Wheeler's Confederation Law of Canada, 1896, p. 338.....	535
Martin v. Kingston City Coach Co.....	[1947] O.W.N. 110.....	1076
Matter of Acosta.....	Interim Decision 2986, 1985 WL 56042....	736
Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	(1992), 97 D.L.R. (4th) 729.....	728
Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	(1992), 97 D.L.R. (4th) 729.....	728
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough.....	[1976] 1 S.C.R. 718.....	270
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	381
McMartin v. The Queen.....	[1964] S.C.R. 484.....	492
McMullen v. Immigration and Naturalization Service.....	658 F.2d 1312 (1981).....	716
McNichols v. J. R. Simplot Co.....	262 P.2d 1012 (1953).....	175
Meadows v. Ferguson.....	[1961] V.R. 594.....	174
Members of the City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent.....	466 U.S. 789 (1984).....	1106
Merk v. Jewel Companies, Inc.....	848 F.2d 761 (1988).....	293
Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E., Loc. 43.....	(1990), 69 D.L.R. (4th) 268.....	247
Milk & Bread Drivers, Local 647, and Silverwood Dairies Ltd., Re.....	(1969), 20 L.A.C. 406.....	342
Miller v. Decker.....	[1957] S.C.R. 624.....	224
Miller v. Stewart.....	[1991] O.J. No. 2238.....	816
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	70, 100
Minister of Employment and Immigration v. Satiacum.....	(1989), 99 N.R. 171.....	723
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum.....	(1989), 99 N.R. 171.....	723
Ministre du Revenu National v. Lafleur.....	[1964] S.C.R. 412, 46 D.L.R. (2d) 439.....	77
Mitchell v. McDonald.....	(1987), 40 C.C.L.T. 266.....	134
Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Westmount.....	[1926] S.C.R. 515.....	842
Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont.....	(1932), 53 Que. K.B. 133.....	833
More v. The Queen.....	[1963] S.C.R. 522.....	492
Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics).....	(1990), 113 N.R. 159.....	661, 675
Mudarth v. Canada (Minister of Public Works).....	[1989] 3 F.C. 371.....	660, 675
Murphy v. Brentwood District Council.....	[1991] 1 A.C. 398.....	187
N		
Nalliah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	(1987), D.C.A.I. M84-1642.....	727
Nalliah v. Minister of Employment and Immigration.....	(1987), I.A.B.D. M84-1642.....	727
National Coal Board v. England.....	[1954] 1 All E.R. 546.....	219
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations).....	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	251, 333, 775
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	251, 333, 775
Native Women's Assn. of Canada v. Canada.....	[1992] 3 F.C. 192.....	1066
New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.....	[1984] 2 C.F. 410.....	1094

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission	[1984] 2 F.C. 410	1094
New Brunswick School District No. 15 v. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)	(1989), 10 C.H.R.R. D/6426	376
Nightingale v. Kaplovitch.....	[1989] O.J. No. 585.....	135
NOA v. Burns Meats Ltd.	(1986), 74 A.R. 352.....	280
Noranda Metal Industries Ltd., Fergus Division and I.B.E.W., Local 2345, Re	(1983), 44 O.R. (2d) 529.....	343
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226.....	178, 192, 194, 210
Nova Scotia (Human Rights Commission) v. Canada Life Assurance Co.....	(1992), 88 D.L.R. (4th) 100.....	375

O

Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 206.....	79, 106
Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski.....	(1973), 54 D.L.R. (3d) 339	204
Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association, Re	(1979), 26 O.R. (2d) 134.....	373
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	367
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 R.C.S. 206.....	80, 106
Ontario Public Service Employees Union and The Queen in right of Ontario, Re	(1985), 51 O.R. (2d) 474.....	277
Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell.....	[1917] A.C. 62	541

P

Papamonolopoulos v. Board of Education for the City of Toronto	(1986), 56 O.R. (2d) 1.....	1075
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	504
Patterson v. The Queen.....	[1968] S.C.R. 157.....	950
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba	[1991] 2 R.C.S. 869.....	152
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869.....	152
People v. Cousart	444 N.E.2d 971 (1982).....	914
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	923
Peters v. University Hospital Board.....	[1983] 5 W.W.R. 193	380
Philip Carey Mfg. Co. v. N.L.R.B.	331 F.2d 720 (1964).....	301
Pilon v. The Queen	(1965), 46 C.R. 272.....	171, 210
Pitts v. Hunt.....	[1990] 3 All E.R. 344.....	86, 113
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307.....	86, 113
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206.....	74
Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 R.C.S. 575.....	530
Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli.....	[1987] R.J.Q. 261	768
Progress and Properties Ltd. v. Craft.....	(1976), 135 C.L.R. 651	210
Provincial Elections Act, In Re.....	(1903), 10 B.C.R. 114	1052

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Q		
Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec.....	[1985] C.S. 872, 21 D.L.R. (4th) 36	522
R		
R. v. Allsop	(1976), 64 Cr. App. R. 29.....	17, 48
R. v. Appleby	[1972] S.C.R. 303	475
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	229, 864, 865, 869, 870
R. v. Aujla	(1989), 47 C.C.C. (3d) 481	462
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	617
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	474, 619
R. v. Babinski.....	(1991), 67 C.C.C. (3d) 187	612
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	822
R. v. Béland.....	[1987] 2 S.C.R. 398.....	643
R. v. Belanger.....	(1980), 5 W.C.B. 446.....	962
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833.....	33
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	1039
R. v. Black and Whiteside.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 313	16, 44
R. v. Bobbie	(1988), 43 C.C.C. (3d) 187	22
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	617, 922
R. v. Bruce	(1984), 5 O.A.C. 280.....	16, 45
R. v. Butler.....	[1992] 1 S.C.R. 452.....	938, 1033
R. v. C. (R.).....	[1993] 2 S.C.R. 226.....	985
R. v. C.W.W.....	(1986), 25 C.C.C. (3d) 355	433
R. v. Campbell	(1977), 38 C.C.C. (2d) 6.....	643
R. v. Charters	(1957), 119 C.C.C. 223	35
R. v. Chase	[1987] 2 S.C.R. 293.....	860
R. v. CIP Inc.	[1992] 1 S.C.R. 843.....	911
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659.....	909
R. v. Corning.....	(1987), 81 N.S.R. (2d) 53	470
R. v. Côté and Vézina (No. 2).....	(1982), 3 C.C.C. (3d) 557	16, 45
R. v. Covin	[1983] 1 S.C.R. 725.....	403, 414
R. v. Currie.....	(1984), 5 O.A.C. 280.....	16, 45
R. v. Daigle	(1987), 9 Q.A.C. 140.....	22
R. v. De Munck.....	[1918] 1 K.B. 635.....	946, 952
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	10
R. v. Doren.....	(1982), 36 O.R. (2d) 114.....	16
R. v. Doug Rankine Co.	(1983), 36 C.R. (3d) 154.....	958
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	151
R. v. Faid.....	[1983] 1 S.C.R. 265.....	504
R. v. Ferguson.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 256	419
R. v. Frizzell.....	(1971), 5 C.C.C. (2d) 499	464
R. v. G.K.	(1986), 31 C.C.C. (3d) 81	433

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Gallagher	[1993] 2 S.C.R. 861.....	869, 916
R. v. Gamble	[1988] 2 S.C.R. 595.....	148
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	474
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	110
R. v. Geauvreau.....	(1979), 51 C.C.C. (2d) 75	956
R. v. Geddes	(1979), 52 C.C.C. (2d) 230.....	16
R. v. Geddes	(1979), 52 C.C.C. (2d) 230.....	45
R. v. Ghosh.....	[1982] 2 All E.R. 689.....	22
R. v. Giambalvo	(1982), 70 C.C.C. (2d) 324	960
R. v. Global Armaments Ltd.	(1990), 105 A.R. 260.....	402, 410
R. v. Goulis	(1981), 125 D.L.R. (3d) 137	413
R. v. Hackie.....	(1988), 8 M.V.R. (2d) 222.....	473
R. v. Haines.....	(1981), 45 N.S.R. (2d) 428	418
R. v. Hansen	(1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193.....	16, 45
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	922
R. v. Hobart.....	(1982), 65 C.C.C. (2d) 518	627
R. v. Huggett	(1978), 42 C.C.C. (2d) 198	17, 49
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128.....	891, 915
R. v. Johnston.....	(1977), 37 C.R.N.S. 234.....	413
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284.....	151
R. v. Kalanj	[1989] 1 S.C.R. 1594.....	889, 909
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	1033
R. v. Keyowski.....	[1988] 1 S.C.R. 657.....	892, 916
R. v. Kirkwood.....	(1983), 42 O.R. (2d) 65.....	16, 45
R. v. Kirkness.....	[1990] 3 S.C.R. 74.....	646
R. v. Kleppe	(1977), 35 C.C.C. (2d) 168	962
R. v. Knelson and Baran.....	(1962), 38 C.R. 181.....	48
R. v. Krause.....	[1986] 2 S.C.R. 466.....	493, 506
R. v. L.(S.).....	(1990), 75 C.R. (3d) 94.....	433
R. v. L. (W.K.).....	[1991] 1 S.C.R. 1091.....	910
R. v. Laliberté.....	(1973), 12 C.C.C. (2d) 109	946, 969
R. v. Landy.....	[1981] 1 All E.R. 1172.....	22
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145.....	807
R. v. Lantay	[1966] 3 C.C.C. 270	946, 952
R. v. Lemire	[1965] S.C.R. 174	21, 37, 50
R. v. Leroux	[1974] C.A. 151	413
R. v. Long.....	(1990), 61 C.C.C. (3d) 156	23
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	908
R. v. Mack.....	[1988] 2 S.C.R. 903.....	893
R. v. MacLean and MacLean (No. 2).....	(1982), 1 C.C.C. (3d) 412	960
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	923
R. v. McKinlay Transport Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 627.....	71, 103
R. v. Melnyk.....	(1947), 90 C.C.C. 257	17, 48
R. v. Meltzer.....	[1989] 1 S.C.R. 1764.....	69, 100
R. v. Mitchell	[1964] S.C.R. 471	492
R. v. Montgomery	(1992), 70 C.C.C. (3d) 229	469

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Moore	(1984), 15 C.C.C. (3d) 541	644
R. v. Moore	[1988] 1 S.C.R. 1097.....	955
R. v. Morgentaler	(1984), 16 C.C.C. (3d) 1	115
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30.....	114
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345.....	480, 641
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771... 229, 865, 870, 890, 906	
R. v. Morin	[1992] 3 S.C.R. 286.....	985, 991
R. v. Mugford.....	(1990), 58 C.C.C. (3d) 172	22
R. v. Nittolo.....	[1978] C.A. 146.....	413
R. v. Nygaard	[1989] 2 S.C.R. 1074.....	491
R. v. O.	(1986), 27 C.C.C. (3d) 376	433
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175.....	15, 35, 40
R. v. Pelletier.....	(1985), 27 C.C.C. (3d) 77	962
R. v. Perry	(1977), 36 C.C.C. (2d) 209	493
R. v. Philips Electronics Ltd.	(1980), 116 D.L.R. (3d) 298	413
R. v. Potvin.....	[1993] 2 S.C.R. 880... 862, 864, 868, 870, 871	
R. v. R.C.S.	(1986), 27 C.C.C. (3d) 239	433
R. v. R.I.	(1985), 17 C.C.C. (3d) 523	432
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	887, 899
R. v. Redmond	(1990), 37 O.A.C. 133.....	479
R. v. Reid	(1940), 74 C.C.C. 156	35
R. v. Rodrigue, Ares and Nantel	(1973), 17 C.C.C. (2d) 252	17, 49
R. v. Rosen	(1979), 55 C.C.C. (2d) 342.....	16, 45
R. v. S. (H.S.).....	Unreported/Inédit, Nfld. C.A., June 2, 1990.....	435
R. v. S. (P.L.).....	[1991] 1 S.C.R. 909.....	617
R. v. S. (S.).....	[1990] 2 S.C.R. 254.....	1045
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	70
R. v. Sebe	(1987), 35 C.C.C. (3d) 97	22
R. v. Sequin.....	[1969] 2 C.C.C. 150	962
R. v. Shaw	(1983), 4 C.C.C. (3d) 348	16, 45
R. v. Simpson	[1988] 1 S.C.R. 3.....	643
R. v. Sismey	(1990), 55 C.C.C. (3d) 281	112
R. v. Smith	[1963] 1 O.R. 249.....	35, 48
R. v. Smith	[1989] 2 S.C.R. 1120.....	111
R. v. Squire.....	[1977] 2 S.C.R. 13.....	504
R. v. St. Pierre.....	(1974), 3 O.R. (2d) 642.....	965
R. v. Stensrud	[1989] 2 S.C.R. 1115.....	907
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326.....	466
R. v. T. (V.).....	[1992] 1 S.C.R. 749.....	428
R. v. Thérroux	[1993] 2 S.C.R. 5.....	33, 43
R. v. Thomas	[1990] 1 S.C.R. 713.....	923
R. v. Traynor	[1987] O.J. No. 1943.....	960
R. v. Trimarchi	(1987), 63 O.R. (2d) 515.....	105
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	1043
R. v. Vidulich	(1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391.....	926

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. W.(D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	640
R. v. Wagman.....	(1981), 60 C.C.C. (2d) 23.....	16, 45
R. v. Webb.....	[1963] 3 W.L.R. 638.....	952
R. v. Wetmore.....	[1983] 2 S.C.R. 284.....	77
R. v. Whyte.....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	475
R. v. Widdifield.....	(1963), 6 Crim. L.Q. 152.....	491
R. v. Wigman.....	[1987] 1 S.C.R. 246.....	923
R. v. Wilson.....	[1990] 1 S.C.R. 1291.....	821
R. v. Yanover.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 300.....	622
R. v. Young.....	(1984), 40 C.R. (3d) 289.....	915
R. v. Zeolkowski.....	[1989] 1 S.C.R. 1378.....	406
R. v. Zlatic.....	[1993] 2 S.C.R. 29.....	9
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	1033, 1066
Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	(1984), 55 N.R. 129.....	714
Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration.....	(1984), 55 N.R. 129.....	714
Rawala v. DeVry Institute of Technology.....	(1982), 3 C.H.R.R. D/1057.....	379
Red River Division Association No. 17 and Red River School Division No. 17.....	(1972), 25 D.L.R. (3d) 106.....	276
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	530
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	151
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158.....	1031
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313.....	1038
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	957, 1033
Reibl v. Hughes.....	[1980] 2 S.C.R. 880.....	129
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	957, 1033
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.).....	[1987] 1 R.C.S. 313.....	1038
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	530
Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.).....	[1991] 2 R.C.S. 158.....	1031
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	151
Rheuark v. Shaw.....	628 F.2d 297 (1980).....	914
Richmond Pulp & Paper Co. of Canada c. Ville de Bromptonville.....	[1970] R.C.S. 453.....	836
Richmond Pulp & Paper Co. of Canada v. Town of Bromptonville.....	[1970] S.C.R. 453.....	836
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1987] 2 R.C.S. 84.....	367
Robichaud v. Canada (Treasury Board).....	[1987] 2 S.C.R. 84.....	367
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	1033
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario.....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	1033
Rondos v. Wawrin.....	(1968), 64 W.W.R. 690.....	171
Roque v. Puerto Rico.....	558 F.2d 606 (1976).....	914
Ross and Warden of Kent Institution, Re.....	(1987), 34 C.C.C. (3d) 452.....	150
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	475
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	1033
Ryan v. Chromalloy American Corp.....	877 F.2d 598 (1989).....	293

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
S		
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatchewan (Department of Social Services)	[1988] 5 W.W.R. 446	385
Savard v. The King	[1946] S.C.R. 20	481
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	1041
Schanczl v. Singh	[1988] 2 W.W.R. 465	140
Schneider Moving & Storage Co. v. Robbins	466 U.S. 364 (1984)	284
Schuldt v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 592	494, 986
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	1033
Sellars v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 527	614
Semayne's Case	(1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194	809
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria	[1981] 2 S.C.R. 181	381
Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home, Re	(1984), 48 O.R. (2d) 225	788
Sherbrooke (Cité de) v. Commissaires d'écoles de Sherbrooke	[1957] S.C.R. 476	841
Shumiatcher v. Attorney-General of Saskatchewan (No. 2)	(1960), 34 C.R. 154	112
Simmons v. Reynolds	898 F.2d 865 (1990)	914
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	151
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	151
Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255	(1990), 11 C.H.R.R. D/357	390
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282	798
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	1033
Smith v. Jenkins	(1970), 119 C.L.R. 397	171, 210
Sonnenberg v. Lang	(1989), 100 N.B.R. (2d) 413	376
Southam Inc. and The Queen (No. 1), Re	(1983), 41 O.R. (2d) 113	88
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (section locale 219)	[1986] 1 R.C.S. 704	284
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	284
St-Romuald d'Etchemin (Cité de) v. Golden Eagle Canada Ltd.	[1980] C.A. 74	834
Storgoff, In re	[1945] S.C.R. 526	76, 1113
Surujpal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	(1985), 60 N.R. 73	715
Surujpal v. Minister of Employment and Immigration	(1985), 60 N.R. 73	715
Sutherland Shire Council v. Heyman	(1985), 60 A.L.R. 1	186
Swales v. Cox	[1981] 1 All E.R. 1115	813
Syndicat canadien de la Fonction publique v. Commission des écoles catholiques de Québec	J.E. 90-176	793
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227... 250, 309, 337, 349, 772	
Syndicat des communications graphiques, local 509M v. Auclair	[1990] R.J.Q. 334	793

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
T		
Tallow v. Tailfeathers.....	[1973] 6 W.W.R. 732.....	171, 224
Taylor v. Attorney-General.....	(1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164	85
Tenold v. Chapman	(1981), 9 Sask. R. 278.....	1055
Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques.....	[1981] 1 S.C.R. 94.....	87, 116
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	779
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22.....	779
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	103, 899
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	103, 899
Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 106.....	1046
Tomlinson v. Harrison.....	[1972] 1 O.R. 670.....	179
Tousignant et Hawker Siddeley Canada Inc.	[1986] C.A.L.P. 48	767
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 494.....	944, 950
Transport Guilbault Inc. v. Scott.....	Unreported/Inédit, F.C.A., No. A-618-85, May 21, 1986.....	659, 675
Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales).....	[1992] 1 S.C.R. 952.....	798
Turner v. Teamsters.....	604 F.2d 1219 (1979).....	289
U		
U.A.W. v. Cadillac Malleable Iron Co.	728 F.2d 807 (1984).....	291
U.A.W. v. Yard-Man, Inc.	716 F.2d 1476 (1983).....	281
U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	247, 308, 332, 771
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 S.C.R. 316.....	775
United Food and Commercial Workers Int'l Union v. Dubuque Packing Co.	756 F.2d 66 (1985).....	283
United Paperworkers v. Champion International Corp.	908 F.2d 1252 (1990).....	292
United States v. Antoine.....	906 F.2d 1379 (1990).....	914
United States v. Johnson.....	732 F.2d 379 (1984).....	914
United States v. Kimmons.....	917 F.2d 1011 (1990).....	914
United States v. Loud Hawk	474 U.S. 302 (1986).....	913
United States v. Pratt	645 F.2d 89 (1981).....	914
United Steelworkers, Local 5951, and Medland Enterprises Ltd., Re	(1963), 14 L.A.C. 55	272
United Steelworkers of America v. Connors Steel Co.	855 F.2d 1499 (1988).....	293
United Steelworkers of America, Local 14097 v. Franks.....	(1990), 75 O.R. (2d) 382.....	782
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353.....	778
Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque	[1993] 1 S.C.R. 471.....	771
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353.....	778

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
V		
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811.....	605, 620
Vézéau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	644
Vézina v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 2.....	955
Ville de Saint-Romuald d'Etchemin v. Ultramar Canada Inc.....	[1985] C.P. 212.....	833
Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720	[1980] 1 R.C.S. 178.....	251, 309, 338
Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720	[1980] 1 S.C.R. 178.....	251, 309, 338
Voters' List of the Township of Seymour, Re.....	(1899), 2 Ont. Elec. 69.....	1053
W		
Ward v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 30.....	474
Welch v. The King.....	[1950] S.C.R. 412.....	81
Welham v. Director of Public Prosecutions.....	[1961] A.C. 103.....	17, 48
Wernhoff case	Eur. Court H.R., judgment of 27 june 1968, Series A No. 7	899, 912
Wexler v. The King.....	[1939] S.C.R. 350.....	481
Wildman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 311.....	616
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594.....	89, 110
Winnipeg Film Society v. Webster.....	[1964] S.C.R. 280.....	411
Z		
Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1991] 3 C.F. 605	716
Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1991] 3 F.C. 605	716
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	332

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		B	
Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases, R.S.Q., c. A-3.001		Board of Management General Regulation — Civil Service Act, N.B. Reg. 84-229	
s. 60.....	756	s. 9(1).....	651
Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1		By-law No. 3270 of the City of Peterborough	
s. 1 “immoveable”.....	823	s. 1.....	1084
s. 65(1).....	823	s. 2.....	1084
Act respecting Provincial Aid for Superior Education, — and Normal and Common Schools, C.S.L.C. 1861, c. 15		C	
s. 24.....	511	Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2	
s. 30.....	511	s. 9(1).....	995
s. 54.....	511	s. 51(e).....	438
s. 55.....	511	s. 53.....	995
s. 56.....	511	s. 55.....	995
s. 57.....	511	Canadian Charter of Rights and Freedoms	
s. 58.....	511	s. 1.....	438, 872, 1084
s. 64.....	511	s. 2(b).....	995, 1084
s. 73.....	511	s. 3.....	438, 995
s. 74.....	511	s. 7.....	143, 802, 861, 866, 872, 880, 918
s. 131.....	511	s. 8.....	53, 872
Act to amend the Education Act and the Act respecting private education, S.Q. 1990, c. 28 ...	511	s. 9.....	802
Act to amend the Education Act and the Act respecting private education, S.Q. 1990, c. 78 ...	511	s. 11(b).....	228, 861, 866, 880
Act to amend the Education Act and the Act respecting the Conseil supérieur de l’éducation, S.Q. 1990, c. 8	511	s. 15.....	689, 872
Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5		s. 15(1).....	995
s. 2.....	511	s. 24(1).....	880
s. 12.....	511	s. 24(2).....	649
		Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1	
		s. 20.....	651
		s. 26.....	651
		Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36	448
		Constitution Act, 1867	
		s. 92(13).....	443
		s. 93.....	511
		s. 347.....	443

	PAGE		PAGE
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34		H	
s. 193(1).....	932	Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198	
s. 529(3).....	932	s. 180(1).....	1069
s. 529(4).....	932	s. 180(2).....	1069
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		s. 180(3).....	1069
s. 84(1) "firearm", "prohibited weapon", "re-		Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22	
stricted weapon".....	398	s. 3.....	353
s. 216.....	445		
s. 271(1).....	857	I	
s. 347.....	443	Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52	
s. 380(1).....	5, 29	s. 2(1).....	689
s. 686(1)(b)(iii).....	482, 599	s. 4(2.1).....	689
s. 686(4).....	629	s. 19(1)(c).....	689
		s. 19(1)(d).....	689
E		s. 19(1)(e).....	689
Education Act, S.Q. 1988, c. 84		s. 19(1)(f).....	689
s. 49.....	511	s. 19(1)(g).....	689
s. 111.....	511	s. 19(2).....	689
s. 122.....	511	s. 46.04(1)(c).....	689
s. 123.....	511	Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	
s. 123.1.....	511	s. 231.3.....	53
s. 124.....	511	s. 231(7).....	53
ss. 126 to 139.....	511	s. 239.....	53
s. 206.....	511		
s. 223.....	511	L	
s. 227.....	511	Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64	
s. 230.....	511	s. 88.....	316
s. 261.....	511	s. 88(2).....	316
s. 354.....	511	Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228	
s. 423.....	511	s. 44.....	230
s. 424.....	511	Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240	
s. 425.....	511	s. 45.....	1069
s. 425.1.....	511	s. 47.....	1069
s. 428.....	511		
s. 439.....	511	P	
s. 510.....	511	Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2	
s. 515.....	511	s. 21.3(3).....	143
ss. 515.1 to 515.4.....	511		
ss. 519 to 523.....	511	R	
s. 527.....	511	Referendum Act, S.C. 1992, c. 30	
s. 530.....	511	s. 3(1).....	995
s. 531.....	511	s. 7.....	995
s. 533.....	511		
s. 568.....	511		

	PAGE		PAGE
Regulation Adapting the Canada Elections Act, SOR/92-430	995	Y	
Rules of Civil Procedure		Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1	
r. 3.02	1069	s. 3(1)	421
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/ 83-74		s. 3(2)	421
r. 18	313	s. 20	421
		s. 23(2)(f)	421
		s. 24(1)	421
		s. 24.1(1)	421

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure, — et les écoles normales et communes, S.R.B.-C. 1861, ch. 15		Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46	
art. 24.....	511	art. 84(1) «arme à feu», «arme prohibée», «arme à autorisation restreinte	398
art. 30.....	511	art. 216.....	445
art. 54.....	511	art. 271(1).....	857
art. 55.....	511	art. 347.....	443
art. 56.....	511	art. 380(1).....	5, 29
art. 57.....	511	art. 686(1)b)(iii).....	482, 599
art. 58.....	511	art. 686(4).....	629
art. 64.....	511	Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34	
art. 73.....	511	art. 193(1).....	932
art. 74.....	511	art. 529(3).....	932
art. 131.....	511	art. 529(4).....	932
Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5		Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198	
art. 2.....	511	art. 180(1).....	1069
art. 12.....	511	art. 180(2).....	1069
		art. 180(3).....	1069
C		H	
Charte canadienne des droits et libertés		Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22	
art. 1.....	438, 872, 1084	art. 3.....	353
art. 2b).....	995, 1084		
art. 3.....	438, 995	L	
art. 7.....	143, 802, 861, 866, 872, 880, 918	Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64	
art. 8.....	53, 872	art. 88.....	316
art. 9.....	802	art. 88(2).....	316
art. 11b).....	228, 861, 866, 880	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 15.....	689, 872	art. 92(13).....	443
art. 15(1).....	995	art. 93.....	511
art. 24(1).....	880	art. 347.....	443
art. 24(2).....	649	Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63	
		art. 231.3.....	53
		art. 231(7).....	53
		art. 239.....	53

	PAGE		PAGE
Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2		art. 439.....	511
art. 9(1).....	995	art. 510.....	511
art. 51e).....	438	art. 515.....	511
art. 53.....	995	art. 515.1 à 515.4.....	511
art. 55.....	995	art. 519 à 523.....	511
Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé, L.Q. 1990, ch. 28.....	511	art. 527.....	511
Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur l'enseignement privé, L.Q. 1990, ch. 78.....	511	art. 530.....	511
Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique et la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation, L.Q. 1990, ch. 8.....	511	art. 531.....	511
Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30		art. 533.....	511
art. 3(1).....	995	art. 568.....	511
art. 7.....	995	Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1	
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52		art. 1 «immeuble».....	823
art. 2(1).....	689	art. 65(1).....	823
art. 4(2.1).....	689	Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1	
art. 19(1c).....	689	art. 20.....	651
art. 19(1d).....	689	art. 26.....	651
art. 19(1e).....	689	Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2	
art. 19(1f).....	689	art. 21.3(3).....	143
art. 19(1g).....	689	Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240	
art. 19(2).....	689	art. 45.....	1069
art. 46.04(1c).....	689	art. 47.....	1069
Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1988, ch. 9		Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001	
art. 49.....	511	art. 60.....	756
art. 111.....	511	Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36.....	448
art. 122.....	511	Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1	
art. 123.....	511	art. 3(1).....	421
art. 123.1.....	511	art. 3(2).....	421
art. 124.....	511	art. 20.....	421
art. 126 à 139.....	511	art. 23(2)f).....	421
art. 206.....	511	art. 24(1).....	421
art. 223.....	511	art. 24.1(1).....	421
art. 227.....	511	Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228	
art. 230.....	511	art. 44.....	230
art. 261.....	511		
art. 354.....	511		
art. 423.....	511		
art. 424.....	511		
art. 425.....	511		
art. 425.1.....	511		
art. 428.....	511		

R

Règlement adaptant la Loi électorale du Canada, DORS/92-430.....	995
---	-----

	PAGE		PAGE
Règlement général du Conseil de gestion — Loi sur la Fonction publique, Règl. du N.-B. 84-229		Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83- 74	
art. 9(1)	651	art. 18	313
Règlement n° 3270 de la ville de Peterborough		Règles de procédure civile	
art. 1	1084	art. 3.02	1069
art. 2	1084		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.....	304
Adell, B. L. <i>The Legal Status of Collective Agreements in England, The United States and Canada</i> . Kingston, Ont.: Queen's University Industrial Relations Centre, 1970.....	282
Anson, William R. <i>Anson's Law of Contract</i> , 26th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1984	271
Archbold, John Frederick. <i>Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases</i> , vol. 1, 43rd ed. By Stephen Mitchell, P. J. Richardson, eds. and D. A. Thomas, sentencing ed. London: Sweet & Maxwell, 1988	645
Atiyah, P. S. <i>An Introduction to the Law of Contract</i> , 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.....	271
Baer, Marvin G. "A Famous Victory: Insurance Corporation of British Columbia v. Robert C. Heerspink and Director, Human Rights Code" (1983), 17 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 299.....	372
Beaudoin, Gérald-A. "Democratic Rights". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 265.....	1031
Beaudoin, Gérald-A. «Les droits démocratiques». Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 309.....	1031
Beaulieu, Lucien A. "From 'Challenges and Choices' to 'A Climate for Change'", in <i>Y.O.A. Dispositions: Challenges and Choices</i> , a report of the Conference on the <i>Young Offenders Act</i> in Ontario. Presented by the Ontario Social Development Council. Toronto: Ontario Social Development Council, 1988.....	429
Beckton, Clare. "Freedom of Expression". In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> . Toronto: Carswell, 1982, 75.....	1037
Beckton, Clare. «La liberté d'expression». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1982, 96.....	1037
Bélanger, Louise. "L'évaluation des immeubles industriels au Québec: les hauts et les bas de l'article 65 par. 1 de la Loi sur la fiscalité municipale". Dans <i>Développements récents en droit municipal</i> . Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville: Yvon Blais, 1989, 151.....	840
Berlin, Isaiah. "Deux conceptions de la liberté". Dans <i>Éloge de la liberté</i> . Traduit de l'anglais par Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana. Paris: Calmann-Lévy, 1988, 167.....	1039
Berlin, Isaiah. "Two Concepts of Liberty". In <i>Four Essays on Liberty</i> . London: Oxford University Press, 1969, 118.....	1039
Bishop, John. <i>Criminal Procedure</i> . Sydney: Butterworths, 1983.....	645
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "function".....	663

Blais, Jean Jacques. "Freedom of Expression and Public Administration". In David Schneiderman, ed., <i>Freedom of Expression and the Charter</i> . Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 446.....	1037
Borchard, Edwin. <i>Declaratory Judgments</i> , 2nd ed. Cleveland: Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941	116
Boyer, J. Patrick. <i>Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections</i> , vol. 1. Toronto: Butterworths, 1987.....	1048
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. <i>Canadian Labour Arbitration</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992.....	254
Cameron, B. Jamie. "A Bumpy Landing: The Supreme Court of Canada and Access to Public Airports Under Section 2(b) of the Charter" (1992), 2 <i>Media & Communications L. Rev.</i> 91.....	1097
Canada. Comité spécial sur la pornographie et la prostitution. <i>Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et la prostitution</i> (Rapport Fraser). Ottawa: 1985.....	965
Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. <i>Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution</i> . (Fraser Committee Report). Ottawa: 1985.....	965
Carignan, Pierre. "La place faite à la religion dans les écoles publiques par la loi scolaire de 1841" (1982-1983), 17 <i>R.J.T.</i> 9.....	536
Carignan, Pierre. "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 <i>R.J.T.</i> 375.....	530
Carignan, Pierre. <i>Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario: un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité</i> . Montréal: Thémis, 1992.....	530
Chevrette, François, Herbert Marx et André Tremblay. <i>Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal</i> . Québec: Ministère de l'Éducation, 1972.....	540
Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. <i>Employment Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.....	672
Clerk, John Frederic. <i>Clerk & Lindsell on Torts</i> , 16th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1989.....	207
Compton, Daniel. "Asylum for Persecuted Social Groups: A Closed Door Left Slightly Ajar — <i>Sanchez-Trujillo v. INS</i> , 801 F.2d 1571 (9th Cir. 1986)" (1987), 62 <i>Wash. L. Rev.</i> 913.....	729
Comtois, Suzanne. "Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs" (1990), 21 <i>R.D.U.S.</i> 77.....	785
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "function".....	663
<i>Convention Relating to the Status of Refugees</i> , Can. T.S. 1969, No. 6.....	751
<i>Convention relative au statut des réfugiés</i> (Genève, 28 juillet 1951), R.T. Can. 1969, n° 6.....	751
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	411, 1078
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.....	411, 1078
Crago, Neville. H. "The Defence of Illegality in Negligence Actions" (1964), 4 <i>Melbourne U.L.R.</i> 534....	210
Cusson, Maurice. <i>Délinquants pourquoi?</i> Ville LaSalle, Hurtubise HMH, 1981.....	434
Cusson, Maurice. <i>Why delinquency?</i> Translated by Dorothy R. Crelinsten. Toronto: University of Toronto Press, 1983.....	434
Davis, Harold S. "The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort" (1904-05), 18 <i>Harv. L. Rev.</i> 505	210
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 132, n° 144, 3 ^e sess., 34 ^e lég., le 19 mai 1992, aux pp. 10854, 10889.....	1063, 1064

<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 132, n° 165, 3 ^e sess., 34 ^e lég., le 8 septembre 1992, à la p. 12732	1063
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 132, n° 166A, 3 ^e sess., 34 ^e lég., le 9 septembre 1992, à la p. 12786	1066
Debattista, Charles. "Ex Turpi Causa Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out" (1984), 13 <i>Anglo-Am. L.R.</i> 15.....	209
<i>Dictionary of Canadian Law</i> . By Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, "function".....	663
<i>Dictionnaire Quillet de la langue française</i> . Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975, «fonction».....	663
Doherty, D. H. "More Flesh on the Bones: The Continued Judicial Interpretation of s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), Canadian Bar Association -- Ontario; <i>Annual Institute on Continuing Legal Education</i>	912
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	477
Emerson, Thomas Irwin. <i>The System of Freedom of Expression</i> . New York: Random House, 1970.....	1034
Ewart, J. Douglas. <i>Criminal Fraud</i> . Toronto: Carswell, 1986.....	15, 36, 45
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings & Practice in Canada</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987	644
Fiss, Owen M. "Free Speech and Social Structure". In Jules Lobel, ed., <i>A Less Than Perfect Union: Alternative Perspectives on the U.S. Constitution</i> . New York: Monthly Review Press, 1988, 346.....	1037
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.....	207
Foighel, Isi. "The Legal Status of the Boat-People", 48 <i>Nordisk Tidsskrift for International Relations</i> 217	729
Ford, W. J. "Tort and Illegality: The Ex Turpi Causa Defence in Negligence Law" (1977-78), 11 <i>Melbourne U.L.R.</i> 32, 164.....	209
Foster, W. F., and Joseph E. Magnet. "The Law of Forcible Entry" (1977), 15 <i>Alta. L. Rev.</i> 271.....	818
Fridman, G. H. L. "The Wrongdoing Plaintiff" (1972), 18 <i>McGill L.J.</i> 275.....	172, 209
Garant, Patrice. <i>Droit et législation scolaires</i> . Montréal: McGraw-Hill, 1971.....	545
Garant, Patrice, Jacques Gosselin et Bernard Tremblay. "Les soubresauts de la réforme scolaire: la constitutionnalité de la Loi 3" (1985), 16 <i>R.D.U.S.</i> 205.....	539
Gibson, Dale. "Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence" (1969), 47 <i>Can. Bar Rev.</i> 89...170, 209	
Goodwin-Gill, Guy S. <i>The Refugee in International Law</i> . Oxford: Clarendon Press, 1983.....	714
Grahl-Madsen, Atle. <i>The Status of Refugees in International Law</i> . (n.p.) Netherlands: A. W. Sijthoff-Leyden, 1966.....	714
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. Paris: Le Robert, 1986, "pouvoir".....	416
Graves, Maureen. "From Definition to Exploration: Social Groups and Political Asylum Eligibility" (1989), 26 <i>San Diego L. Rev.</i> 739.....	730
Greschner, Donna. "Why Chambers is Wrong: A Purposive Interpretation of 'Offered to the Public'" (1988), 52 <i>Sask. L. Rev.</i> 161.....	377
Gross, Douglas. "The Right of Asylum Under United States Law" (1980), 80 <i>Colum. L. Rev.</i> 1125.....	714
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 10, 3rd ed. London: Butterworth, 1955.....	813
Hathaway, James C. <i>The Law of Refugee Status</i> . Toronto: Butterworths, 1991.....	709
Helton, Arthur C. "Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status" (1983), 15 <i>Colum. Hum. Rts. L. Rev.</i> 39.....	728
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	105
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	1031

<i>House of Commons Debates</i> , vol. 132, No. 144, 3rd sess., 34th Parl., May 19, 1992, at pp. 10854, 10889	1063, 1064
<i>House of Commons Debates</i> , vol. 132, No. 165, 3rd sess., 34th Parl., September 8, 1992, at p. 12732.....	1063
<i>House of Commons Debates</i> , vol. 132, No. 166A, 3rd sess., 34th Parl., September 9, 1992, at p. 12786.....	1066
Hurtubise, René. "La professionnalité de notre système scolaire et les garanties constitutionnelles" (1962), 65 <i>R. du N.</i> 167	590
Hutchinson, Allan C. "Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech" (1990), 17 <i>Can. Bus. L.J.</i> 2	1038
Hyndman, Patricia. "The 1951 Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the Case of Sri Lankan Tamil Applicants" (1987), 9 <i>Hum. Rts. Q.</i> 49.....	714
Jobin, Jean-François. "Le contrôle judiciaire des erreurs de compétence ou dites proprement juridictionnelles: où en sommes-nous?" (1990), 50 <i>R. du B.</i> 731	792
Kanter, Michael. "Balancing Rights Under Section 2(b) of the Charter: Case Comment on <i>Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada</i> " (1992), 17 <i>Queen's L.J.</i> 489.....	1097
Keene, Judith. <i>Human Rights in Ontario</i> . Toronto: Carswell, 1983.....	372
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> . Toronto: Carswell, 1991	205
Laskin, Bora. <i>Laskin's Canadian Constitutional Law</i> , 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986	79, 105
Lederman, W. R. "Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1985), 11 <i>Queen's L.J.</i> 1	1039
Legrand, Pierre, jr. "La dynamique de l'impunité: autour de la défense d' <i>ex turpi causa en common law</i> des délits civils" (1991), 36 <i>R.D. McGill</i> 609.....	210
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.....	200
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988.....	200
MacDougall, Bruce. " <i>Ex Turpi Causa</i> : Should a Defence Arise From a Base Cause?" (1991), 55 <i>Sask. L. Rev.</i> 1	172, 210
MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 713.....	1039
MacLauchlan, H. Wade. "Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency" (1984), 8 <i>Dalhousie L.J.</i> 435	784
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.....	507
Montigny, Yves de. "The Difficult Relationship Between Freedom of Expression and Its Reasonable Limits" (1992), 55 <i>Law & Contemp. Probs.</i> 35.....	1038
Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 <i>Crim. Law Q.</i> 15	893
Morissette, Yves-Marie. "Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse" (1986), 16 <i>R.D.U.S.</i> 591	785
Mullan, David J. "Natural Justice and Fairness — Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?" (1982), 27 <i>McGill L.J.</i> 250.....	786
Nations Unies. Assemblée générale. Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides. Compte rendu analytique de la troisième séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 3 juillet 1951. M. Petren (délégué de la Suède). Doc. des Nations Unies A/CONF.2/SR.3	730

Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. États-Unis d'Amérique: Mémoire sur l'article relatif à la définition du terme "réfugié". Doc. des Nations Unies E/AC.32/L.4	713
Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Première session. Compte rendu analytique de la cinquième séance, Lake Success, New York, le 18 janvier 1950. M. Henkin (délégué des États-Unis). Doc. des Nations Unies E/AC.32/SR.5	743
Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Rapport du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Lake Success, New York, du 16 janvier au 16 février 1950. Doc. des Nations Unies E/1618.....	717
Nations Unies. Conseil économique et social. Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. Royaume-Uni. Texte remanié proposé pour l'article premier. Doc. des Nations Unies E/AC.32/L.2/Rev. 1	713
Nations Unies. Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. <i>Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié</i> . Genève: 1979	713
Ouellette, Yves. "Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs: une jurisprudence inconstante?" (1990), 50 <i>R. du B.</i> 753	797
Ouimet, Hélène. "Commentaires sur l'affaire Produits Pétro-Canada c. Moalli" (1987), 47 <i>R. du B.</i> 852 ...	792
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "capable"	415
Palmer, Earl Edward, and Bruce Murdoch Palmer. <i>Collective Agreement Arbitration in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1991.....	251
Pâquet, Jean-M. "Les aspects juridiques". Dans <i>La réforme de la fiscalité municipale</i> . Formation permanente du Barreau du Québec, cours 51, 1980	840
Pépin, Gilles. "L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec" (1988), 48 <i>R. du B.</i> 427	545
<i>Petit Robert 1</i> . Paris: Le Robert, 1990, «fonction»	663
Plender, Richard. "Admission of Refugees: Draft Convention on Territorial Asylum" (1977-78), 15 <i>San Diego L. Rev.</i> 45	731
Poirier, Michel, et Jean-Marie Lavoie. "La réforme de la fiscalité municipale: taxation et paiements de transfert" (1981), 12 <i>R.D.U.S.</i> 141	840
Pomerance, Renee M. "'Over 80' and Under Scrutiny: Selected Charter Issues in Drinking and Driving Cases" (1992), 4 <i>J.M.V.L.</i> 121	476
Pratte, Sonia. "La nouvelle <i>Loi sur l'instruction publique</i> et les droits constitutionnels relatifs aux écoles confessionnelles: quelques considérations" (1990), 31 <i>C. de D.</i> 261	577
Prosser, William L. <i>Handbook of the Law of Torts</i> , 4th ed. St-Paul: West Publishing Co., 1971.....	200
Qualter, Terence H. <i>The Election Process in Canada</i> . Toronto: McGraw-Hill, 1970.....	1056
<i>Random House Dictionary of the English Language</i> , 2nd ed. Toronto: Random House of Canada Ltd., 1987, "function"	663
Roth, Philip. <i>Portnoy's Complaint</i> . London: Cape, 1969	968
Salhany, R. E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 5th ed. Aurora: Canada Law Book, 1989	817
Salmond, Sir John William. <i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987	207
Salmond, Sir John William. <i>Salmond on the Law of Torts</i> , 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977	206
Stacey, Robert. <i>The Canadian Poster Book: 100 Years of the Poster in Canada</i> . Toronto: Methuen, 1979	1102

Strayer, Barry L. <i>The Canadian Constitution and the Courts</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.....	86
Swanton, Jane P. "Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence" (1981), 9 <i>Sydney L. Rev.</i> 304.....	209
<i>Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law</i> , vol. 1. London: Sweet & Maxwell, 1992 (loose-leaf)	671
Takkenberg, Alex, and Christopher C. Tahbaz. <i>The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees</i> . Vol. 1, <i>Early History and the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems 16 January - 16 February 1950 Lake Success, New York</i> and Vol. 3, <i>The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons 2 - 25 July 1951 Geneva, Switzerland [sic]</i> . Amsterdam: Dutch Refugee Council, under the auspices of the European Legal Network on Asylum, 1990.....	713
United Nations. Economic and Social Council. <i>Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems</i> . First Session. Summary record of the Fifth Meeting, Lake Success, New York, 18 January 1950. Mr. Henkin (United States Delegate). UN Doc. E/AC.32/SR.5.....	743
United Nations. Economic and Social Council. <i>Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems</i> . Report of the <i>Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems</i> . Lake Success, New York, 16 January to 16 February 1950. UN Doc. E/1618 and Corr. 1 - E/AC.32/5.....	717
United Nations. Economic and Social Council. <i>Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems</i> . United Kingdom. Revised draft proposal for Article 1. UN Doc. E/AC.32/L.2/Rev. 1.....	713
United Nations. Economic and Social Council. <i>Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems</i> . United States of America: Memorandum on the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees (and Stateless Persons). UN Doc. E/AC.32/L.4.....	713
United Nations. General Assembly. Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons. Summary Record of the Third Meeting held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, 3 July 1951. Mr. Petren (Swedish Delegate). UN Doc A/CONF.2/SR.3.....	730
United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status</i> . Geneva: 1988.....	713
van der Veen, Job. "Does Persecution by Fellow-Citizens in Certain Regions of a State Fall Within the Definition of 'Persecution' in the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951? Some Comments Based on Dutch Judicial Decisions" (1980), 11 <i>Netherlands Y.B. Intl. L.</i> 167.....	714
Wade, Sir William. <i>Administrative Law</i> , 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.....	114
Weinrib, Ernest J. "Illegality as a Tort Defence" (1976), 26 <i>U.T.L.J.</i> 28.....	172, 209
Weinrib, Ernest J. "The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 <i>McGill L.J.</i> 403.....	182
Wharton, Francis. <i>Wharton's Criminal Procedure</i> , vol. 4, 13th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Pub. Co., 1989.....	645
Wheeler, Gerald John. <i>Confederation Law of Canada</i> . London: Eyre & Spottiswoode, 1896.....	535
Williams, Glanville. <i>Joint Torts and Contributory Negligence</i> . London: Stevens & Sons, 1951.....	172, 220
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	18
Winfield, Sir Percy Henry. <i>Winfield and Jolowicz on Tort</i> , 12th ed. By M. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1984.....	203
Wright, Cecil A. "Introduction to the Law of Torts" (1944), 8 <i>Cambridge L.J.</i> 238.....	200
Zamir, Itzhak. <i>The Declaratory Judgment</i> . London: Stevens & Sons Ltd., 1962.....	85, 116
Zimring, Franklin E. "Kids, Groups and Crime: Some Implications of a Well-known Secret" (1981), 72 <i>J. Crim. L. and Criminology</i> 867.....	434

Graham Haig, John Doe and Jane Doe *Appellants*

v.

The Chief Electoral Officer *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: HAIG v. CANADA; HAIG v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER)

File No.: 23223.

1993: March 4; 1993: September 2.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion from federal referendum infringing s. 3 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion from federal referendum infringing s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms —

Graham Haig et les autres personnes dans une situation semblable *Appelants*

c.

Le directeur général des élections *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: HAIG c. CANADA; HAIG c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS)

N° du greffe: 23223.

1993: 4 mars; 1993: 2 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant du référendum fédéral contrevient-elle à

Whether s. 2(b) includes a positive right to be provided with a specific means of expression — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equal benefit of the law — New residents of a province — Province of residence — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion or Quebec's exclusion from federal referendum infringing s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

Elections — Federal referendum — Interpretation of federal referendum legislation — Powers of Chief Electoral Officer — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether federal referendum legislation may be interpreted to extend entitlement to vote in federal referendum to appellant — Whether Chief Electoral Officer had power to adapt Canada Elections Act so as to extend entitlement to vote in federal referendum to appellant — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30, ss. 3(1), 7(3) — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 9(1), 53, 55(5) — Regulation Adapting the Canada Elections Act, SOR/92-430.

In September 1992, the federal government directed that a referendum be held on October 26, 1992 on a question relating to the Constitution of Canada in all provinces and territories, except Quebec. Quebec was to hold a separate referendum on the same date and on the same question but in accordance with the provincial legislation. As a result of the different requirements as to residency in the federal and provincial legislation, the appellant Haig, who had moved from Ontario to Quebec in August 1992, was not qualified to vote in the Quebec referendum because he had not resided in that province for six months prior to the referendum, or to vote in the federal referendum because, on the enumeration date, he

l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 2b) comporte-t-il le droit positif de se voir fournir un mode précis d'expression? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Droit au même bénéfice de la loi — Nouveaux résidents d'une province — Province de résidence — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appellant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appellant ou du Québec du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

Élections — Référendum fédéral — Interprétation de la loi fédérale en matière référendaire — Pouvoirs du directeur général des élections — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appellant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — La loi fédérale en matière référendaire peut-elle être interprétée comme attribuant à l'appellant le droit de voter au référendum fédéral? — Le directeur général des élections détenait-il le pouvoir d'adapter la Loi électorale du Canada de manière à ce qu'elle attribue à l'appellant le droit de voter au référendum fédéral? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30, art. 3(1), 7(3) — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 9(1), 53, 55(5) — Règlement adaptant la Loi électorale du Canada, DORS/92-430.

En septembre 1992, le gouvernement fédéral a décrété la tenue d'un référendum portant sur une question concernant la Constitution du Canada, le 26 octobre 1992, dans chacune des provinces et chacun des territoires, à l'exception du Québec, qui devait tenir, à la même date et sur la même question, un référendum distinct, soumis cependant à la loi provinciale applicable. En raison des différences entre les lois fédérale et provinciale en ce qui concerne les exigences en matière de résidence, l'appellant Haig, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec en août 1992, n'avait pas qualité pour voter au référendum québécois parce qu'il n'avait pas résidé dans cette dernière province pendant

was not ordinarily resident within one of the polling divisions established for the federal referendum. The appellant brought an application in the Federal Court, seeking a declaration that s. 3 of the federal *Referendum Act* included a resident who was ordinarily resident in a province at any time in the six-month period prior to the referendum; or, in the alternative, a declaration that denying him a vote in the federal referendum violated his rights under ss. 3, 2(b) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He also sought a mandamus requiring the Chief Electoral Officer to make reasonable provisions to allow him and others in his situation to be enumerated. The court dismissed the application and the majority of the Federal Court of Appeal affirmed the judgment.

Held (Lamer C.J. and Iacobucci J. dissenting): The appeal should be dismissed. The federal *Referendum Act* and the *Canada Elections Act* are constitutional. The appellant's exclusion from the federal referendum did not violate his rights under ss. 2(b), 3 and 15(1) of the *Charter*.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Major JJ.: The federal *Referendum Act* and the *Canada Elections Act* did not grant the appellant an entitlement to vote in the federal referendum. The purpose of the *Referendum Act* is not to obtain the opinion of electors in all Canadian provinces at all times. Section 3(1) of that Act expressly provides that consultation by referendum may be carried out on a national, provincial or multi-provincial basis. The appellant was ordinarily resident in Quebec on the enumeration date set for the federal referendum and since Quebec was not one of the provinces listed in the federal proclamation, no polling divisions were established in that province for the federal referendum. Therefore, while the appellant came within the definition of a qualified voter, he was not on the enumeration date ordinarily resident in an established polling division and had no entitlement to vote in the federal referendum. The appellant did not retain a right to vote in Ontario by virtue of s. 55(5) of the *Canada Elections Act*. This section merely states that a person cannot be without an ordinary residence and cannot be construed as meaning that the appellant could not lose his ordinary residence in Ontario for the purpose of voting in the federal referendum until he had qualified as an elector in Quebec, under the relevant Quebec leg-

les six mois précédant le référendum. Il n'avait pas non plus qualité pour voter au référendum fédéral parce que, le jour du recensement, il n'avait pas sa résidence ordinaire dans une section de vote établie en vue de ce référendum. L'appelant a donc saisi la Cour fédérale d'une demande en vue d'obtenir un jugement déclarant l'art. 3 de la *Loi référendaire* fédérale applicable à une personne qui avait sa résidence ordinaire dans une province à n'importe quel moment pendant la période de six mois précédant le référendum, ou subsidiairement, déclarant que lui refuser la possibilité de voter au référendum fédéral portait atteinte aux droits que lui garantissent l'art. 3, l'al. 2b) et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a sollicité en outre un *mandamus* pour obliger le directeur général des élections à prendre des mesures raisonnables pour que lui et d'autres personnes se trouvant dans la même situation puissent être recensés. La cour a rejeté la demande dans une décision qui a été confirmée par la Cour d'appel fédérale à la majorité.

Arrêt (le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. La *Loi référendaire* fédérale et la *Loi électorale du Canada* sont constitutionnelles. L'appelant n'a subi, du fait de ne pas avoir pu participer au référendum fédéral, aucune atteinte aux droits que lui garantissent l'al. 2b), l'art. 3 et le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Major: La *Loi référendaire* fédérale et la *Loi électorale du Canada* ne conféraient pas à l'appelant le droit de voter au référendum fédéral. L'objet de la *Loi référendaire* ne consiste pas à consulter les électeurs de toutes les provinces canadiennes dans tous les cas. Son paragraphe 3(1) prévoit expressément que la consultation par voie référendaire peut se faire à l'échelle nationale ou dans une ou plusieurs provinces. À la date du recensement en vue du référendum fédéral, l'appelant résidait ordinairement au Québec et, puisque le Québec ne figurait pas parmi les provinces énumérées dans la proclamation fédérale, aucune section de vote n'a été établie dans cette province pour le référendum fédéral. Donc, bien que l'appelant ait eu qualité d'électeur au sens de la définition, à la date du recensement il ne résidait pas ordinairement dans une section de vote établie et n'avait pas le droit de voter à ce référendum. L'appelant ne conservait pas en vertu du par. 55(5) de la *Loi électorale du Canada* le droit de voter en Ontario. Ce paragraphe prévoit uniquement qu'une personne ne peut pas être sans résidence ordinaire et ne saurait s'interpréter comme signifiant que l'appelant ne pouvait perdre sa résidence ordinaire en Ontario, pour ce qui était de voter au référendum fédéral, tant qu'il n'avait pas acquis la

isolation. Such an interpretation would go not only against the wording but also against the spirit of the federal *Referendum Act*, which clearly extends an entitlement to vote only to those people ordinarily resident in a jurisdiction specified by proclamation.

The Chief Electoral Officer did not have the power to extend the entitlement to vote in the federal referendum to the appellant. Though s. 7(3) of the federal *Referendum Act* gives the Chief Electoral Officer a discretionary power to adapt the *Canada Elections Act* in such a manner as he considers necessary for the purposes of applying that Act in respect of a referendum, this power does not extend to authorize a fundamental departure from the scheme of the *Referendum Act*. Residence is a pivotal feature of the referendum scheme as captured in both pieces of federal legislation and the Order-in-Council directed that a referendum be held in a number of clearly specified jurisdictions. The discretionary power of the Chief Electoral Officer could not be exercised to extend the entitlement to vote beyond the parameters established in the Order-in-Council. Section 9(1) of the *Canada Elections Act* only contemplates situations where the provisions of the legislation do not accord with particular needs arising out of any "mistake, miscalculation, emergency or unusual or unforeseen circumstance". The appellant's situation does not fall within these terms. The exclusion of electors not resident in the provinces in question on the enumeration date is the clear and unambiguous consequence of the legislative scheme adopted. Further, s. 9(1) is also restricted to adaptations designed to facilitate the execution of the intent of the *Canada Elections Act*. The object of this Act, as adapted for the referendum, is to ensure that those who are entitled to vote are given an opportunity to do so. The object is not to enfranchise those who are not entitled to vote.

Section 3 of the *Charter* does not guarantee Canadians a constitutional right to vote in a referendum. The wording of s. 3 is clear and unambiguous and guarantees only the right to vote in elections of representatives of the federal and the provincial legislative assemblies. The purpose of s. 3 is to grant every citizen of this country the right to play a meaningful role in the selection of elected representatives. Since a referendum is in no way such a selection—a referendum is basically a consultative process—the Canadian citizens cannot claim a constitutional right to vote in a referendum under s. 3. The appellant's s. 3 *Charter* rights were therefore not infringed.

qualité d'électeur au Québec conformément à la loi québécoise applicable. Non seulement pareille interprétation serait incompatible avec le texte de la *Loi référendaire* fédérale, mais elle le serait aussi avec son esprit, car cette loi vise manifestement à accorder le droit de vote seulement aux personnes résidant ordinairement dans une province ou un territoire mentionnés dans la proclamation.

Le directeur général des élections n'était pas habilité à accorder à l'appelant le droit de voter au référendum fédéral. Bien que le par. 7(3) de la *Loi référendaire* fédérale attribue au directeur général des élections un pouvoir discrétionnaire d'adapter la *Loi électorale du Canada* de la façon qu'il estime nécessaire à son application à un référendum, ce pouvoir ne va pas jusqu'à permettre qu'il s'éloigne fondamentalement du régime qu'établit la *Loi référendaire*. La résidence représente un élément essentiel du régime référendaire établi par les deux lois fédérales en question, et le décret ordonnait la tenue d'un référendum dans des provinces et territoires clairement indiqués. Le directeur général des élections ne pouvait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, accorder un droit de vote qui dépassait les limites fixées dans le décret. Le paragraphe 9(1) de la *Loi électorale du Canada* ne vise que les situations où les dispositions de la loi ne concordent pas avec des besoins particuliers qui naissent par suite «d'une erreur, d'un calcul erroné, d'une urgence ou d'une circonstance exceptionnelle ou imprévue», termes qui ne s'appliquent pas à la situation de l'appelant. L'exclusion d'électeurs qui ne résidaient pas dans les provinces en question à la date du recensement découle clairement et inéluctablement du régime législatif adopté. De plus, le par. 9(1) se borne aux adaptations destinées à faciliter la réalisation de l'objet de la *Loi électorale du Canada*. Cette loi, telle qu'elle a été adaptée en vue du référendum, vise à faire en sorte que les personnes ayant droit de vote se voient accorder la possibilité de l'exercer. Elle n'a pas pour objet d'admettre à voter ceux qui n'en ont pas le droit.

L'article 3 de la *Charte* ne garantit pas aux Canadiens le droit constitutionnel de voter à un référendum. Le texte de l'art. 3 est clair et non ambigu, et n'y est garanti que le droit de voter aux élections législatives fédérales et provinciales. L'article 3 a pour objet d'accorder à tous les citoyens canadiens le droit de jouer un rôle important dans l'élection de députés. Comme un référendum, n'étant au fond qu'un processus de consultation, ne constitue aucunement une telle élection, les citoyens canadiens ne sauraient invoquer un droit constitutionnel, découlant de l'art. 3, de voter à un référendum. Par conséquent, l'appelant n'a subi aucune atteinte à ses droits garantis par l'art. 3 de la *Charte*.

In the context of the 1992 federal referendum, freedom of expression did not include a constitutional right for all Canadians to be provided with a specific means of expression. Though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(b) of the *Charter* does not impose upon a government any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum, nor does it confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum. In another context, however, s. 2(b) could impose a positive governmental action. A referendum as a platform of expression is a matter of legislative policy and not of constitutional law. While s. 2(b) does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. Here, the federal government did not violate s. 2(b) either in holding its referendum or in holding it in less than all provinces and territories. The appellant was unable to vote simply because, on the enumeration date, he was not ordinarily resident in a province where the federal referendum was held, a limitation which does not infringe the appellant's freedom of expression as guaranteed in the *Charter*.

In providing a platform of expression to less than all Canadians, the federal government did not infringe the appellant's s. 15(1) *Charter* guarantee of equal benefit of the law. The new residents of a province do not constitute a disadvantaged group within the contemplation of s. 15(1). People moving to Quebec less than six months before a referendum date do not suffer from stereotyping, or social prejudice. Though its members were unable to vote in the Quebec referendum, the group is not one which has suffered historical disadvantage, or political prejudice. Nor does the group appear to be "discrete and insular". As well, the exclusion of one province from the federal referendum legislation does not violate s. 15(1). The decision of the Governor in Council to hold a referendum only in a specific number of provinces is a constitutionally permissible exercise of the discretion accorded to the government under s. 3(1) of the federal *Referendum Act*. Both the decision to hold a referendum and the decision as to the number of provinces in which a referendum will be held are policy decisions left entirely to governments and legislatures. In a federal system, province-based distinctions do not automatically give rise to a presumption of discrimination. Section 15(1), while prohibiting discrimination, does not alter the division of powers between govern-

Dans le contexte du référendum fédéral de 1992, la liberté d'expression ne comprenait pas un droit constitutionnel pour tous les Canadiens de se voir fournir un mode particulier d'expression. Bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2b) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un référendum. Il ne confère pas non plus à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Dans un autre contexte, toutefois, l'al. 2b) pourrait commander la prise d'une mesure positive par le gouvernement. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève de la politique législative et non du droit constitutionnel. Quoique l'al. 2b) ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. En l'espèce, le gouvernement fédéral n'a contrevenu à l'al. 2b) ni en tenant son référendum ni en ne le tenant pas dans la totalité des provinces et territoires. Si l'appellant n'a pu voter c'est simplement parce que, à la date du recensement, il ne résidait pas ordinairement dans une province où se tenait le référendum fédéral, et cette restriction ne porte aucunement atteinte à sa liberté d'expression garantie par la *Charte*.

En fournissant une tribune pour favoriser l'expression à moins que la totalité des Canadiens, le gouvernement fédéral n'a pas lésé l'appellant dans son droit au même bénéfice de la loi reconnu à tous par le par. 15(1) de la *Charte*. Les nouveaux résidents d'une province ne forment pas un groupe désavantagé visé au par. 15(1). Les personnes qui s'installent au Québec moins de six mois avant la date d'un référendum ne souffrent ni de stéréotypage ni de préjugés sociaux. Quoique ses membres n'aient pu voter au référendum québécois, le groupe en question n'est pas de ceux qui ont subi des désavantages historiques ou des préjugés politiques. Il ne semble pas s'agir non plus d'un groupe «distinct et séparé». Par ailleurs, l'exclusion d'une province du champ d'application de la loi fédérale en matière référendaire ne constitue pas une violation du par. 15(1). La décision du gouverneur en conseil de ne tenir un référendum que dans un nombre spécifique de provinces représente un exercice constitutionnel légitime du pouvoir discrétionnaire conféré au gouvernement par le par. 3(1) de la *Loi référendaire* fédérale. Aussi bien la décision de tenir le référendum que celle relative au nombre de provinces dans lesquelles il aura lieu sont des décisions de principe qui relèvent entièrement des gouvernements et des législateurs. Dans un système fédéral, les distinctions

ments, nor does it require that all federal legislation must always have uniform application to all provinces.

Per McLachlin J.: The reasons of L'Heureux-Dubé J. were generally agreed with. Parliament's decision to hold a referendum in only some areas of Canada, and thus to exclude the residents outside these areas from the federal referendum, is not contrary to the *Charter*. However, had the law enacted a truly national referendum, the appellant's freedom of expression would have been violated. But even with a broad and liberal reading of residency requirements aimed at enfranchising as many Canadians as possible in every situation where that result could be attained without infringing the law, there was no legal basis upon which the Chief Electoral Officer could have registered a Quebec resident in a referendum which by its terms excluded Quebec.

Per Cory J.: The right to vote is of fundamental importance to Canadians and to our democracy. In all enfranchising statutes, the provisions granting the right to vote should be given a broad and liberal interpretation and restrictions on that right should be narrowly construed. Every effort should be made to interpret the statute to enfranchise the voter. These principles applicable to the right to vote in elections should be applied in the same manner to the right to vote in a referendum. The Chief Electoral Officer thus has a duty to insure that as many Canadians as possible are enfranchised in every situation where that result can be attained without infringing the law. Flexibility must be given to the concept of residence, particularly in enfranchising statutes. The concept of residence as a requirement of exercising the right to vote was designed to facilitate the attainment of the principle of "one person one vote" and should not be used as a means of depriving a person of this right. It follows that the term "ordinarily resident" in an enfranchising statute should be interpreted broadly in the context of today's mobile society and in the light of the vital importance of the right to vote. There is no reason for departing from this approach and practice under the federal *Referendum Act*. Here, under the requisite flexible test of residency, it would be wrong to automatically hold that those who had moved to Quebec before the referendum enumeration date could, on that basis alone, be denied the right to vote in a federal polling

entre les provinces ne donnent pas automatiquement naissance à une présomption de discrimination. Le paragraphe 15(1), bien qu'interdisant la discrimination, n'apporte aucune modification au partage des pouvoirs entre les gouvernements ni n'exige que toutes les lois fédérales s'appliquent toujours de façon uniforme à toutes les provinces.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont d'une manière générale acceptés. La décision du Parlement de tenir un référendum dans certaines régions du Canada seulement et, partant, d'exclure de la participation à ce référendum fédéral les résidents qui se trouvent à l'extérieur de ces régions n'est pas contraire à la *Charte*. Toutefois, si la loi avait prévu la tenue d'un référendum véritablement national, il y aurait eu alors violation de la liberté d'expression de l'appelant. Mais même si on interprète de façon large et libérale les exigences en matière de résidence qui visaient à accorder le droit de vote au plus grand nombre de Canadiens possible dans tous les cas où cela était possible sans contrevenir à la loi, il n'y avait pas de fondement légal qui aurait permis au directeur général des élections d'inscrire un résident du Québec à un référendum qui, de par ses termes, excluait le Québec.

Le juge Cory: Le droit de vote revêt une importance fondamentale pour les Canadiens et pour la démocratie canadienne. Toutes les lois conférant un droit de vote doivent recevoir une interprétation large et libérale et il faut interpréter restrictivement les limites à l'exercice de ce droit. Il faut prendre tous les moyens possibles pour interpréter la loi de façon à permettre aux citoyens de voter. Ces principes applicables au droit de voter aux élections devraient être appliqués de la même manière au droit de voter à un référendum. Le directeur général des élections a donc l'obligation de veiller à ce que le plus de Canadiens possible puissent être admis à voter dans tous les cas où cela est possible sans contrevenir à la loi. Il faut faire preuve de souplesse dans l'interprétation du concept de résidence, particulièrement dans le cas des lois conférant un droit de vote. Le concept de résidence comme condition d'exercice du droit de vote visait à assurer le respect du principe «une personne, un vote» et ne devrait pas être utilisé comme moyen de priver une personne de ce droit. Il s'ensuit que l'expression «réside ordinairement» employée dans une loi habilitant à voter doit recevoir une interprétation large dans le contexte de la société mobile moderne et compte tenu de l'importance essentielle du droit de vote. Il n'y a aucune raison d'abandonner cette méthode et cette pratique en vertu de la *Loi référendaire*. En l'espèce, selon le critère souple de résidence qui doit être appliqué, il serait erroné de conclure automatiquement que les personnes

division outside Quebec. Unfortunately, the appellant did not apply to be enumerated in his former riding and it is impossible to determine on the facts presented if there was a sufficient connection to a riding within the federal referendum to warrant his addition to the voter's list. Since the referendum is now long past, this is not a proper case in which to grant declaratory relief.

Per Iacobucci J. (dissenting): The appellant was entitled to vote in the federal referendum. The referendum contemplated by the federal *Referendum Act* was aimed at all Canadians citizens entitled to vote in a federal election; to accomplish that end, the federal referendum was coordinated with the Quebec referendum. While, in a formal sense, two referenda were held, to focus on the technicalities of separate referenda can only obscure the national character of the referendum. Appellant's right to express his political views by participating in a national referendum is guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The right to express opinions in social and political decision-making is clearly protected by s. 2(b). The referendum was an important expressive activity relating to constitutional change in this country and Parliament was apparently under a political obligation to follow the referendum's results. The effect of the federal *Referendum Act*, however, was to deprive the appellant and other recently arrived in Quebec of their rights to participate in the referendum. Accordingly, their s. 2(b) rights were violated. In the absence of any evidence on s. 1 of the *Charter*, the violation of the appellant's s. 2(b) rights has not been justified. The proper remedy would have been to expand the definition of "elector" in s. 3(1) of the *Referendum Act*. The Chief Electoral Officer, relying on s. 7(3) of the *Referendum Act*, could have used s. 9(1) of the *Canada Elections Act* to permit the appellant to vote.

Per Lamer C.J. (dissenting): Cory J.'s approach to the definition of residency for voting purposes and Iacobucci J.'s reasons concerning s. 2(b) of the *Charter* were agreed with.

déménagées au Québec avant la date du recensement référendaire pouvaient, pour ce seul motif, être privées du droit de vote dans une section de vote fédérale à l'extérieur du Québec. Malheureusement, l'appelant n'a pas demandé à se faire recenser dans son ancienne circonscription et il est impossible de déterminer à partir des faits présentés s'il avait un lien suffisant avec une circonscription au sein du territoire référendaire fédéral pour justifier l'ajout de son nom à la liste électorale. Comme le référendum est maintenant chose du passé, ce n'est pas un cas où il est opportun de rendre un jugement déclaratoire.

Le juge Iacobucci (dissident): L'appelant avait le droit de voter lors du référendum fédéral. Le référendum prévu par la *Loi référendaire* fédérale s'adressait à tous les citoyens canadiens ayant le droit de voter lors d'une élection fédérale. À cette fin, le référendum fédéral a été coordonné avec le référendum québécois. Même si, d'un point de vue formel, deux référendums ont été tenus, mettre l'accent sur les formalités de référendums distincts ne peut que masquer le caractère national du référendum. Le droit de l'appelant d'exprimer ses opinions politiques en participant à un référendum national est garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. L'alinéa 2b) protège clairement le droit d'exprimer des opinions lors de la prise de décisions d'intérêt social et politique. Le référendum a été une importante activité d'expression relative aux changements constitutionnels dans notre pays et il semble que le Parlement avait une obligation politique d'en suivre les résultats. La *Loi référendaire* fédérale a toutefois eu pour effet de priver l'appelant et d'autres personnes récemment arrivées au Québec de leur droit de participer au référendum. Il y a donc eu violation des droits que leur garantit l'al. 2b). En l'absence d'une preuve quant à l'article premier de la *Charte*, la violation des droits garantis à l'appelant par l'al. 2b) n'a pas été justifiée. La réparation indiquée aurait consisté à élargir la définition de l'expression «corps électoral» qui figure au par. 3(1) de la *Loi référendaire*. Le directeur général des élections aurait pu, en s'appuyant sur le par. 7(3) de la *Loi référendaire*, utiliser le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada* pour permettre à l'appelant de voter.

Le juge en chef Lamer (dissident): L'avis du juge Cory en ce qui concerne la façon dont il convient d'aborder la définition de la résidence aux fins du vote et celui du juge Iacobucci en ce qui concerne l'al. 2b) de la *Charte* sont acceptés.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *BCGEU v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *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; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (N.W.T.S.C.), aff'd (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1984] 1 S.C.R. v; *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; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106.

By Cory J.

Referred to: *Cawley v. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35; *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316; *In Re Provincial Elections Act* (1903), 10 B.C.R. 114; *Re Voters' List of the Township of Seymour* (1899), 2 Ont. Elec. 69; *Hipperson v. Newbury District Electoral Registration Officer*, [1985] Q.B. 1060; *Re Fitzmartin and Village of Newburgh* (1911), 24 O.L.R. 102; *Tenold v. Chapman* (1981), 9 Sask. R. 278; *Fells v. Spence*, [1984] N.W.T.R. 123.

By Iacobucci J. (dissenting)

R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *BCGEU c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *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; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (C.S.T.N.-O.), conf. par (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1984] 1 R.C.S. v; *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; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106.

^g Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Cawley c. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35; *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316; *In Re Provincial Elections Act* (1903), 10 B.C.R. 114; *Re Voters' List of the Township of Seymour* (1899), 2 Ont. Elec. 69; *Hipperson c. Newbury District Electoral Registration Officer*, [1985] Q.B. 1060; *Re Fitzmartin and Village of Newburgh* (1911), 24 O.L.R. 102; *Tenold c. Chapman* (1981), 9 Sask. R. 278; *Fells c. Spence*, [1984] N.W.T.R. 123.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Native Women's Assn. of Canada c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec*, S.Q. 1991, c. 34, s. 32.
- Act to amend the Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec*, S.Q. 1992, c. 47, s. 2.
- Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2 [as adapted by SOR/92-430], ss. 9(1), 50(1), 53(1), 55 to 59, 60, 62, 65(1), 68 (Sch. IV, rules 42 et seq.).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 3, 4, 5, 6, 15(1).
- Constitution Act, 1982*.
- Constitutional Amendment Approval Act*, S.B.C. 1991, c. 2.
- Constitutional Referendum Act*, S.A. 1992, c. C-22.25 [am. 1992, c. 36, s. 2].
- Constitutional Referendum Amendment Act, 1992*, S.A. 1992, c. 36, s. 2.
- Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, ss. 1 [am. 1992, c. 38, s. 1 & adapted *idem*, s. 93], 2 [adapted *idem*, s. 93].
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 1], 17 [*idem*, s. 3], 18 [*idem*, s. 4], 18.1 [ad. *idem*, s. 5], 48.
- Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 7 [am. 1992, c. 38, s. 79], 8 [am. *idem*, s. 80], 9 [am. *idem*, s. 81], 13 [am. *idem*, s. 82], 16 [repl. *idem*, s. 84], 44 to 47 [am. *idem*, s. 92], App. 2 [am. *idem*, s. 93].
- Referendum Act*, S.B.C. 1990, c. 68.
- Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, ss. 3(1), 5(1), 6(1), 7.
- Regulation Adapting the Canada Elections Act*, SOR/92-430.

Authors Cited

- Beaudoin, Gérald-A. "Democratic Rights". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 265.
- Beckton, Clare. "Freedom of Expression". In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswell, 1982, 75.
- Berlin, Isaiah. "Two Concepts of Liberty". In *Four Essays on Liberty*. London: Oxford University Press, 1969, 118.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 3, 4, 5, 6, 15(1).
- Constitutional Amendment Approval Act*, S.B.C. 1991, ch. 2.
- Constitutional Referendum Act*, S.A. 1992, ch. C-22.25 [mod. 1992, ch. 36, art. 2].
- Constitutional Referendum Amendment Act, 1992*, S.A. 1992, ch. 36, art. 2.
- Loi constitutionnelle de 1982*.
- Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 1 [mod. 1992, ch. 38, art. 1 & adaptée *idem*, art. 93], 2 [adaptée *idem*, art. 93].
- Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2 [adaptée par DORS/92-430], art. 9(1), 50(1), 53(1), 55 à 59, 60, 62, 65(1), 68 (Ann. IV, règles 42 et suiv.).
- Loi modifiant la Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1992, ch. 47, art. 2.
- Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, art. 3(1), 5(1), 6(1), 7.
- Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 7 [mod. 1992, ch. 38, art. 79], 8 [mod. *idem*, art. 80], 9 [mod. *idem*, art. 81], 13 [mod. *idem*, art. 82], 16 [repl. *idem*, art. 84], 44 à 47 [mod. *idem*, art. 92], App. 2 [mod. *idem*, art. 93].
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 1], 17 [*idem*, art. 3], 18 [*idem*, art. 4], 18.1 [aj. *idem*, art. 5], 48.
- Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1991, ch. 34, art. 32.
- Referendum Act*, S.B.C. 1990, ch. 68.
- Règlement adaptant la Loi électorale du Canada*, DORS/92-430.

Doctrines citées

- Beaudoin, Gérald-A. «Les droits démocratiques». Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 309.
- Beckton, Clare. «La liberté d'expression». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1982, 96.
- Berlin, Isaiah. «Deux conceptions de la liberté». Dans *Éloge de la liberté*. Traduit de l'anglais par Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana. Paris: Calmann-Lévy, 1988, 167.

- Blais, Jean Jacques. "Freedom of Expression and Public Administration". In David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 446.
- Boyer, J. Patrick. *Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1987.
- Emerson, Thomas Irwin. *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970.
- Fiss, Owen M. "Free Speech and Social Structure". In Jules Lobel, ed., *A Less Than Perfect Union: Alternative Perspectives on the U.S. Constitution*. New York: Monthly Review Press, 1988, 346.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- House of Commons Debates*, vol. 132, No. 144, 3rd sess., 34th Parl., May 19, 1992, at pp. 10854, 10889.
- House of Commons Debates*, vol. 132, No. 165, 3rd sess., 34th Parl., September 8, 1992, at p. 12732.
- House of Commons Debates*, vol. 132, No. 166A, 3rd sess., 34th Parl., September 9, 1992, at p. 12786.
- Hutchinson, Allan C. "Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech" (1990), 17 *Can. Bus. L.J.* 2.
- Lederman, W. R. "Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1985), 11 *Queen's L.J.* 1.
- MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713.
- Montigny, Yves de. "The Difficult Relationship Between Freedom of Expression and Its Reasonable Limits" (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 35.
- Qualter, Terence H. *The Election Process in Canada*. Toronto: McGraw-Hill, 1970.
- Blais, Jean Jacques. «Freedom of Expression and Public Administration». In David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 446.
- Boyer, J. Patrick. *Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1987.
- Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, n° 144, 3^e sess., 34^e lég., le 19 mai 1992, aux pp. 10854, 10889.
- Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, n° 165, 3^e sess., 34^e lég., le 8 septembre 1992, à la p. 12732.
- Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, n° 166A, 3^e sess., 34^e lég., le 9 septembre 1992, à la p. 12786.
- Emerson, Thomas Irwin. *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970.
- Fiss, Owen M. «Free Speech and Social Structure». In Jules Lobel, ed., *A Less Than Perfect Union: Alternative Perspectives on the U.S. Constitution*. New York: Monthly Review Press, 1988, 346.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Hutchinson, Allan C. «Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech» (1990), 17 *Can. Bus. L.J.* 2.
- Lederman, W. R. «Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1985), 11 *Queen's L.J.* 1.
- MacKay, A. Wayne. «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713.
- Montigny, Yves de. «The Difficult Relationship Between Freedom of Expression and Its Reasonable Limits» (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 35.
- Qualter, Terence H. *The Election Process in Canada*. Toronto: McGraw-Hill, 1970.
- APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 611, 145 N.R. 233, 97 D.L.R. (4th) 71, dismissing the appellants' appeal from an order of Denault J. (1992), 57 F.T.R. 1, 97 D.L.R. (4th) 64, and dismissing their appeal (except on a procedural point) from an order of Joyal J., [1992] 3 F.C. 602, 57 F.T.R. 6. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Iacobucci J. dissenting.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédéral, [1992] 3 C.F. 611, 145 N.R. 233, 97 D.L.R. (4th) 71, qui a rejeté l'appel interjeté par les appelants contre une ordonnance du juge Denault (1992), 57 F.T.R. 1, 97 D.L.R. (4th) 64, et qui a rejeté (sauf en ce qui concerne une question de procédure) leur appel contre une ordonnance du juge Joyal, [1992] 3 C.F. 602, 57 F.T.R. 6. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci sont dissidents.

Philippa Lawson, for the appellants.

Philippa Lawson, pour les appelants.

N. J. Schultz and H. McManus, for the respondent the Chief Electoral Officer.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and *Richard Morneau*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Jean-François Jobin and Dominique A. Jobin, for the intervener.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. (dissenting)—I agree with Cory J. with respect to the proper approach to the definition of residency for voting purposes. I also agree with Iacobucci J. concerning s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and with respect to his proposed disposition of this appeal. I would, therefore, dispose of the appeal as proposed by Iacobucci J.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Major JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—On October 26, 1992, two referenda were held in Canada, each concerning proposed amendments to the Canadian Constitution. Graham Haig was not able to cast a ballot in either. This was unfortunate. The only issue in the present appeal is this: Was Graham Haig entitled to cast a ballot in the federal referendum?

At that specific moment in Canadian history, there was a confluence of political pressures, concerns and events. Among these was the ongoing and often politically heated constitutional dialogue. In order to seek the views of Canadians on this crucial issue of constitutional change, the federal government and the provincial governments who so desired had available a variety of options: commissions, surveys, opinion polls, referenda, etc. Quebec had legally bound itself to hold a referendum on sovereignty, while British Columbia and Alberta had articulated the possibility that they would hold provincial referenda dealing with constitutional change, and that they would consider themselves bound by the results. It was in this con-

N. J. Schultz et H. McManus, pour l'intimé le directeur général des élections.

Jean-Marc Aubry, c.r., et *Richard Morneau*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Jean-François Jobin et Dominique A. Jobin, pour l'intervenant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident)—Je partage l'avis du juge Cory en ce qui concerne la façon dont il convient d'aborder la définition de la résidence aux fins du vote. Je partage également l'avis du juge Iacobucci en ce qui concerne l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la façon dont il propose de statuer sur le présent pourvoi. Je suis donc d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge Iacobucci.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Major a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le 26 octobre 1992 ont eu lieu au Canada deux référendums chacun portant sur des propositions d'amendement à la Constitution canadienne. Or, Graham Haig n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre: c'est regrettable. La seule question que pose le présent pourvoi est la suivante: Graham Haig avait-il le droit de voter au référendum fédéral?

À ce moment précis de son histoire, le Canada a connu une convergence d'événements, de pressions et de circonstances sur le plan politique. C'est dans ce cadre que s'insère le dialogue constitutionnel d'alors, souvent passionné, dans les milieux politiques. Afin de consulter le peuple canadien sur la question vitale des changements constitutionnels, plusieurs possibilités (commissions, sondages, référendums, etc.) s'offraient au gouvernement fédéral ainsi qu'aux gouvernements provinciaux désireux de s'en prévaloir. Le Québec s'était légalement engagé à tenir un référendum sur la souveraineté, tandis que la Colombie-Britannique et l'Alberta avaient mentionné qu'il était possible qu'ils tiennent des référendums provin-

text that the federal government undertook to hold a referendum in those provinces where a provincial referendum would not otherwise be held. This choice was in accord with the desire and the authority of the provinces to consult their own electors as they saw fit. ^a

In the end, only two referenda were held: one in Quebec pursuant to Quebec's provincial referendum legislation, the other in the rest of Canada pursuant to the federal referendum legislation. The model chosen by the federal government was one which was open to them under the relevant legislation, which specifically allowed for referenda to be conducted in one or more provinces. The model chosen was, at the time, thought to be politically sound by both the federal and the provincial governments. ^b

The mechanics of the two referenda were governed by the elections legislation of each government. The federal and the Quebec elections legislation, though similar in certain respects, are not mirror images of each other, but contain different provisions on a number of issues including: the preparation of electoral lists, methods of voting, financing, referendum publicity and spending, the roles and functions of the Chief Electoral Officers and their staff, and residency requirements. The residency provisions of the Quebec elections legislation, in particular, diverge from those in the federal legislation by requiring six months residency in order to be eligible to vote. It was this residency requirement which resulted in some Quebec residents, Mr. Haig in particular, not being able to cast their vote, and which is at the heart of this case. ^c

Were the Quebec residents who were not entitled to vote in the Quebec referendum nonetheless entitled to vote in the federal referendum? To answer this question, it is essential to more fully refer to the political events and legislative context leading up to October 26, 1992. ^d

ciaux portant sur les changements constitutionnels, et qu'ils se sentiraient liés par leurs résultats. C'est dans ce contexte que le gouvernement fédéral a décidé de tenir un référendum dans les provinces où il n'y aurait pas de référendum provincial. Cette décision était en accord avec le désir et le pouvoir des provinces de consulter comme bon leur semblait leurs propres électeurs. ^e

Seulement deux référendums ont finalement eu lieu: l'un au Québec en vertu de la loi référendaire de cette province, l'autre partout ailleurs au Canada en vertu de la loi référendaire fédérale. Le modèle de référendum choisi par le gouvernement fédéral était conforme à la loi applicable, qui autorisait expressément la tenue de référendums dans une ou plusieurs provinces. À l'époque, ce modèle a été jugé politiquement acceptable aussi bien par le gouvernement fédéral que par les gouvernements provinciaux. ^f

Le déroulement des deux référendums était régi par la loi électorale de chacun des gouvernements en question. Quoique similaires à certains égards, la loi fédérale et la loi québécoise en matière électorale ne sont pas identiques, mais diffèrent sur plusieurs points, dont l'établissement de listes électorales, le mode de scrutin, le financement, la publicité et les dépenses référendaires, le rôle et les fonctions des directeurs généraux des élections et de leur personnel et les exigences en matière de résidence. En particulier, les dispositions de la loi électorale québécoise relatives à la résidence se distinguent de celles de la loi fédérale en ce sens qu'elles prescrivent une période de résidence de six mois pour qu'une personne soit habilitée à voter. C'est cette exigence qui a privé certains résidents du Québec, et notamment M. Haig, de la possibilité de voter et qui est au cœur du présent appel. ^g

Les résidents du Québec non habilités à voter au référendum québécois avaient-ils, néanmoins, le droit de voter au référendum fédéral? Pour répondre à cette question, il est essentiel d'entreprendre un examen plus approfondi des événements politiques et du contexte législatif au cours de la période qui a précédé le 26 octobre 1992. ^h

Facts

On April 17, 1982, the *Constitution Act, 1982* was proclaimed into force. The Meech Lake Accord, which proposed certain amendments to the *Constitution Act, 1982*, was not ratified by all provincial legislatures within the allotted time period, and failed on June 23, 1990. As a result of these events, Bill 150, *An Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec*, S.Q. 1991, c. 34, s. 32, came into force on June 20, 1991. According to Chapter I of this Bill, the Government of Quebec was required to hold a referendum on the sovereignty of Quebec no later than October 26, 1992.

On June 23, 1992, the *Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, came into force. This Act provided a mechanism for the federal government to obtain the opinion of the electors of Canada, or the electors of one or more provinces, on issues related to the Canadian Constitution.

On August 28, 1992, the Prime Minister of Canada, the ten provincial premiers, the leaders of the territorial governments and representatives of four aboriginal associations, came to an agreement which has become known as the "Charlottetown Accord". This agreement proposed substantial amendments to the Constitution of Canada.

On September 3, 1992, as a direct result of the Charlottetown Accord, Bill 44, *An Act to amend the Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec*, S.Q. 1992, c. 47, was introduced into the Quebec National Assembly. This Bill, which came into force on September 8, 1992, amended Bill 150 so that the Government of Quebec was still obligated to hold a referendum on October 26, 1992, but the subject of the referendum would be the Charlottetown Accord, rather than Quebec sovereignty. Similarly, on September 8, 1992, the Prime Minister of Canada announced that a referendum would

Les faits

Le 17 avril 1982, la *Loi constitutionnelle de 1982* est entrée en vigueur. L'Accord du lac Meech, qui proposait certaines modifications à cette constitution, n'ayant pas été ratifié par toutes les assemblées législatives provinciales dans le délai imparti, est, en conséquence, devenu lettre morte à partir du 23 juin 1990. Ces événements ont entraîné l'adoption de la loi 150 intitulée *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1991, ch. 34, art. 32, entrée en vigueur le 20 juin 1991. Le chapitre premier de cette loi imposait au gouvernement du Québec l'obligation de tenir un référendum sur la souveraineté du Québec au plus tard le 26 octobre 1992.

Le 23 juin 1992, la *Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, est entrée en vigueur. Cette loi prévoyait un mécanisme permettant au gouvernement fédéral de recueillir l'opinion des électeurs canadiens, ou des électeurs d'une ou de plusieurs provinces, sur des questions touchant la Constitution canadienne.

Le 28 août 1992, le premier ministre du Canada, les dix premiers ministres provinciaux, les dirigeants des gouvernements territoriaux et les représentants de quatre associations autochtones en sont venus à un accord, maintenant connu comme l'«Accord de Charlottetown», qui proposait des modifications substantielles à la Constitution du Canada.

Le 3 septembre 1992, comme conséquence directe de l'Accord de Charlottetown, le projet de loi 44 intitulé *Loi modifiant la Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1992, ch. 47, fut déposé devant l'Assemblée nationale du Québec. Entrée en vigueur le 8 septembre 1992, cette loi modifiait la loi 150, de sorte que le gouvernement du Québec était toujours tenu de procéder à un référendum le 26 octobre 1992 mais la question devait porter sur l'Accord de Charlottetown plutôt que sur la souveraineté du Québec. De même, le 8 septembre 1992, le premier ministre du Canada

be held on October 26, 1992, the subject of which would also be the Charlottetown Accord.

On September 9, the Premier of Quebec, pursuant to s. 8 of the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1, put before the National Assembly the proposed text of the question to be the subject of the October 26, 1992 Quebec referendum. The same day, pursuant to s. 5(1) of the *Referendum Act* (Canada), the proposed text of the question which was to be the subject of the federal referendum was put before the House of Commons. Both questions were identical. The House of Commons approved the text of the federal referendum question on September 10, and the Senate approved the text on September 15. The National Assembly, pursuant to ss. 8 and 9 of the *Referendum Act* (Quebec) approved the text of the Quebec referendum question on September 16.

On September 17, 1992, pursuant to s. 3(1) of the *Referendum Act* (Canada), a proclamation was issued by Order-in-Council P.C. 1992-2045 directing that a referendum be held to obtain the opinion of the electors of "the provinces of Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, British Columbia, Prince Edward Island, Saskatchewan, Alberta, Newfoundland, the Yukon Territory and the Northwest Territories" on a question relating to the Constitution of Canada. The referendum was to be held October 26, 1992, its conduct to be governed by the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, as adapted for the purposes of the referendum. One of these provisions states that any Canadian citizen of 18 years of age who, on the enumeration date, was ordinarily resident within one of the polling divisions established for the referendum, would be entitled to cast a ballot.

On September 27, 1992, pursuant to s. 13 of the *Referendum Act* (Quebec), the Government of Quebec ordered Quebec's Chief Electoral Officer to hold a referendum on October 26, 1992, to be conducted in accordance with the provisions of the *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, as adapted for the purposes of the referendum. According to one of

annonçait pour le 26 octobre 1992 la tenue d'un référendum qui porterait également sur l'Accord de Charlottetown.

Le 9 septembre, le premier ministre du Québec, conformément à l'art. 8 de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1, déposait devant l'Assemblée nationale le texte proposé de la question qui allait faire l'objet du référendum québécois du 26 octobre 1992. Le même jour était déposé à la Chambre des communes, en application du par. 5(1) de la *Loi référendaire* (Canada), le texte proposé de la question référendaire fédérale. Les deux questions étaient identiques. La Chambre des communes approuvait le texte de la question référendaire fédérale le 10 septembre, le Sénat y donnant son assentiment le 15 septembre. Le 16 septembre, en conformité avec les art. 8 et 9 de la *Loi sur la consultation populaire* (Québec), l'Assemblée nationale approuvait le texte de la question référendaire québécoise.

Le 17 septembre 1992, en vertu du par. 3(1) de la *Loi référendaire* (Canada), une proclamation par décret C.P. 1992-2045 ordonnait la tenue d'un référendum pour recueillir l'opinion des électeurs dans «les provinces de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de Terre-Neuve, ainsi que dans le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest» sur une question relative à la Constitution canadienne. Le référendum devait avoir lieu le 26 octobre 1992 sous le régime de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, adaptée aux fins du référendum. L'une des dispositions de cette loi prévoyait que tout citoyen canadien âgé de 18 ans qui, à la date du recensement, résidait ordinairement dans une section de vote établie en vue du référendum, serait habilité à voter.

Le 27 septembre 1992, le gouvernement du Québec, en vertu de l'art. 13 de la *Loi sur la consultation populaire* (Québec), ordonnait au directeur général des élections du Québec de tenir, le 26 octobre 1992, un référendum, qui devait se dérouler en conformité avec la *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, adaptée pour les besoins du réfé-

these provisions, any Canadian citizen of 18 years of age who, on the polling day, had been domiciled in Quebec for six months, would be entitled to cast a ballot.

In August of 1992, Graham Haig moved from Ontario to Quebec. On the enumeration day for the federal referendum, Mr. Haig was no longer ordinarily resident in a polling division established for the federal referendum, and so, pursuant to the provisions of the *Canada Elections Act*, he was not included on the list of voters entitled to vote in the federal referendum. At the same time, having been domiciled in Quebec for less than six months, he did not meet the eligibility requirements under the *Election Act* (Quebec), and so was not included on the list of voters eligible to vote in the Quebec referendum. The result was, of course, that Mr. Haig was not enumerated and consequently could not vote in either referendum.

Proceedings

On September 30, 1992, Mr. Haig instituted proceedings in the Federal Court, Trial Division, filing an originating notice of motion under s. 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. On behalf of himself and unnamed others (represented by John Doe and Jane Doe), an application was brought against Her Majesty the Queen and the Chief Electoral Officer, seeking a declaration that s. 3 of the *Referendum Act* (Canada) included the applicants, and mandamus, requiring the respondents to make reasonable provisions to allow for the enumeration of the applicants. Notice was given to the Attorney General of Canada that the constitutional validity of the federal Order-in-Council would be challenged.

On October 7, 1992, counsel for Her Majesty the Queen made a preliminary application before Denault J. in the Federal Court, Trial Division, to have Her Majesty the Queen struck as a respondent on the basis that the court had no jurisdiction under s. 18.1 of the *Federal Court Act* to grant the remedies requested against the Queen. Denault J. granted the application, striking the Queen as

rendum. D'après l'une de ces dispositions, tout citoyen canadien âgé de 18 ans qui, le jour du scrutin, était domicilié au Québec depuis six mois, avait le droit de voter.

En août 1992, Graham Haig a quitté l'Ontario pour s'installer au Québec. Le jour du recensement pour le référendum fédéral, M. Haig n'avait plus sa résidence ordinaire dans une section de vote établie en vue de ce référendum, si bien que, suivant la *Loi électorale du Canada*, son nom ne figurait pas sur la liste des électeurs ayant droit de voter au référendum. Par ailleurs, comme il était domicilié au Québec depuis moins de six mois, il ne satisfaisait pas aux exigences posées par la *Loi électorale* (Québec) pour qu'il soit habilité à voter. Par conséquent, il n'a pas été inscrit sur la liste électorale dressée pour le référendum québécois. Monsieur Haig n'a donc pas été recensé et, en conséquence, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum.

Les procédures

Le 30 septembre 1992, M. Haig a intenté des procédures devant la Section de première instance de la Cour fédérale, déposant en vertu de l'art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, un avis de requête introductive d'instance. En son propre nom et pour le compte d'autres personnes, qui n'ont pas été nommément désignées, il a présenté une demande en vue d'obtenir un jugement déclarant applicable aux requérants l'art. 3 de la *Loi référendaire* (Canada), ainsi qu'un *mandamus* pour obliger Sa Majesté la Reine et le directeur général des élections, intimés, à prendre des mesures raisonnables pour permettre le recensement des requérants. Avis de l'intention de contester la constitutionnalité du décret fédéral a été signifié au procureur général du Canada.

Le 7 octobre 1992, le procureur de Sa Majesté la Reine a soumis au juge Denault de la Section de première instance de la Cour fédérale une demande préliminaire de radiation de Sa Majesté la Reine comme intimée du fait que l'art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'habilitait pas cette cour à accorder les redressements sollicités à l'égard de Sa Majesté. Le juge Denault, faisant droit à cette

respondent: (1992), 57 F.T.R. 1, 97 D.L.R. (4th) 64. The applicants then brought an additional application to add the Attorney General of Canada as respondent. Both applications were heard before and dismissed by Joyal J. in the Federal Court, Trial Division: [1992] 3 F.C. 602, 57 F.T.R. 6.

The appellants appealed the orders of Denault J. and Joyal J., and the respondent Chief Electoral Officer cross-appealed. The appeals and cross-appeal were joined and heard on October 19, 1992 before the Federal Court of Appeal, which added the Attorney General as a party, dismissed the appeal from the order of Denault J. as moot, dismissed the Chief Electoral Officer's cross-appeal, and also dismissed the original application on its merits: [1992] 3 F.C. 611, 145 N.R. 233, 97 D.L.R. (4th) 71. The appellants now appeal to this Court. The Chief Electoral Officer initially cross-appealed on an issue of jurisdiction related to parliamentary privilege, but that cross-appeal was discontinued on February 25, 1993.

Relevant Legislation

Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1

7. The Government may order that the electors be consulted by referendum

(a) on a question approved by the National Assembly in accordance with sections 8 and 9, or

(b) on a bill adopted by the National Assembly in accordance with section 10.

As soon as the National Assembly is informed of the question or bill contemplated in the first paragraph, the Secretary General of the National Assembly shall notify the chief electoral officer thereof in writing.

The chief electoral officer shall send a copy of the notice to the returning officer of each electoral division.

16. The lists of electors shall be established within the eighteen days following the day on which the National

requête, a radié Sa Majesté comme intimée: (1992), 57 F.T.R. 1, 97 D.L.R. (4th) 64. Les requérants ont alors présenté une nouvelle requête visant à constituer le procureur général du Canada partie intimée. Les deux requêtes ont été entendues et rejetées par le juge Joyal de la Section de première instance de la Cour fédérale: [1992] 3 C.F. 602, 57 F.T.R. 6.

Les appelants ont interjeté appel contre les ordonnances des juges Denault et Joyal tandis que le directeur général des élections, intimé, a formé un appel incident. Les appels et l'appel incident ayant été joints, l'audience a eu lieu le 19 octobre 1992 devant la Cour d'appel fédérale, qui a adjoint le procureur général comme partie, a rejeté, parce qu'il ne présentait qu'un intérêt théorique, l'appel contre l'ordonnance du juge Denault, a rejeté l'appel incident du directeur général des élections et a, en outre, rejeté sur le fond la requête initiale: [1992] 3 C.F. 611, 145 N.R. 233, 97 D.L.R. (4th) 71. Les appelants se pourvoient maintenant devant notre Cour. Le directeur général des élections, qui avait initialement formé un pourvoi incident sur une question de compétence liée au privilège parlementaire, s'en est désisté le 25 février 1993.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1

7. Le gouvernement peut ordonner que les électeurs soient consultés par référendum:

a) sur une question approuvée par l'Assemblée nationale conformément aux articles 8 et 9, ou

b) sur un projet de loi adopté par l'Assemblée nationale conformément à l'article 10.

Dès que l'Assemblée nationale a été saisie de la question ou du projet de loi visé au premier alinéa, le secrétaire général de l'Assemblée doit en aviser, par écrit, le directeur général des élections.

Le directeur général des élections fait parvenir copie de cet avis au directeur du scrutin de chaque circonscription.

16. Les listes électorales sont établies dans les dix-huit jours qui suivent celui où l'Assemblée nationale a

Assembly was informed of the question or bill contemplated in section 7.

Election Act, R.S.Q., c. E-3.3 (as adapted pursuant to ss. 44 to 47 of the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1)

1. Every person who

(1) has attained eighteen years of age,

(2) is a Canadian citizen,

(3) has been domiciled in Québec for six months or, in the case of an elector outside Québec, for twelve months,

(4) is not under curatorship; and

(5) is not deprived of election rights, pursuant to section 568, is a qualified elector.

Every person registered in the registry of electors outside Québec is deemed to be domiciled in Québec.

2. To exercise his right to vote, a person must be a qualified elector on polling day and be registered on the list of electors of the polling subdivision where his domicile is situated on the day of the notification provided for in section 7 of the *Referendum Act*, or be registered in the registry of electors outside Québec.

Referendum Act, S.C. 1992, c. 30

3. (1) Where the Governor in Council considers that it is in the public interest to obtain by means of a referendum the opinion of electors on any question relating to the Constitution of Canada, the Governor in Council may, by proclamation, direct that the opinion of electors be obtained by putting the question to the electors of Canada or of one or more provinces specified in the proclamation at a referendum called for that purpose.

6. (1) On the issue of a proclamation, the Chief Electoral Officer shall, in accordance with the proclamation, issue writs of referendum in the form set out in Schedule I for all electoral districts in Canada or in the province or provinces specified in the proclamation.

7. (1) Subject to this Act, the *Canada Elections Act*, as adapted pursuant to subsection (3), applies in respect of a referendum, and, for the purposes of that applica-

été saisie de la question ou du projet de loi visé à l'article 7.

Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3 (adaptée conformément aux art. 44 à 47 de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1)

1. Possède la qualité d'électeur, toute personne qui:

1° a dix-huit ans accomplis;

2° est de citoyenneté canadienne;

3° est domiciliée au Québec depuis six mois ou, dans le cas d'un électeur hors du Québec, depuis douze mois;

4° n'est pas en curatelle;

5° n'est pas privée, en application de l'article 568, de ses droits électoraux.

Est réputée domiciliée au Québec toute personne inscrite au registre des électeurs hors du Québec.

2. Pour exercer son droit de vote, une personne doit posséder la qualité d'électeur le jour du scrutin et être inscrite sur la liste électorale de la section de vote où elle a son domicile le jour de l'avis prévu à l'article 7 de la *Loi sur la consultation populaire* ou inscrite au registre des électeurs hors du Québec.

Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30

3. (1) Le gouverneur en conseil, s'il estime que l'intérêt public justifie la consultation du corps électoral canadien par voie référendaire sur une question relative à la Constitution du Canada, peut, par proclamation, la lui soumettre lors d'un référendum tenu dans l'ensemble du pays ou dans une ou plusieurs provinces mentionnées dans la proclamation.

6. (1) Dès la prise de la proclamation, le directeur général des élections délivre, en conformité avec celle-ci, les brefs référendaires selon le modèle figurant à l'annexe I pour toutes les circonscriptions du Canada ou celles de la ou des provinces mentionnées dans la proclamation.

7. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la *Loi électorale du Canada*, adaptée en conformité avec le paragraphe (3), s'applique au référen-

tion, the issue of writs of referendum shall be deemed to be the issue of writs for a general election.

(2) The provisions of the *Canada Elections Act* referred to in Schedule II do not apply in respect of a referendum.

(3) Subject to this Act, the Chief Electoral Officer may, by regulation, adapt the *Canada Elections Act* in such manner as the Chief Electoral Officer considers necessary for the purposes of applying that Act in respect of a referendum.

(4) The Chief Electoral Officer may make regulations

(a) respecting the conduct of a referendum; and

(b) generally for carrying out the purposes and provisions of this Act.

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2 (as adapted for the purposes of a referendum, SOR/92-430)

9. (1) Where, during the course of a referendum, it appears to the Chief Electoral Officer that, by reason of any mistake, miscalculation, emergency or unusual or unforeseen circumstance, any of the provisions of this Act do not accord with the exigencies of the situation, the Chief Electoral Officer may, by particular or general instructions extend the time for doing any act, increase the number of referendum officers or polling stations or otherwise adapt any of the provisions of this Act to the execution of its intent, to such extent as he considers necessary to meet the exigencies of the situation.

50. (1) Every person who

(a) has attained the age of eighteen years, and

(b) is a Canadian citizen,

is qualified as an elector.

. . .

53. (1) Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his name included in the list of electors for the polling division in which that person is ordinarily resident on the enumeration

dum, la délivrance des brefs référendaires étant alors assimilée à celle des brefs relatifs à une élection générale.

(2) Les dispositions de la *Loi électorale du Canada* énumérées à l'annexe II ne s'appliquent pas au référendum.

(3) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le directeur général des élections peut, par règlement, adapter la *Loi électorale du Canada* de la façon qu'il estime nécessaire à son application au référendum.

(4) Le directeur général des élections peut, par règlement:

a) régir le déroulement d'un référendum;

b) d'une manière générale, prendre les mesures nécessaires à l'application de la présente loi.

Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2 (adaptée aux fins d'un référendum, DORS/92-430)

9. (1) Lorsque, au cours d'un référendum, le directeur général des élections estime que, par suite d'une erreur, d'un calcul erroné, d'une urgence ou d'une circonstance exceptionnelle ou imprévue, une des dispositions de la présente loi ne concorde pas avec les exigences de la situation, le directeur général des élections peut, au moyen d'instructions générales ou particulières, prolonger le délai imparti pour faire tout acte, augmenter le nombre de fonctionnaires référendaires ou de bureaux de scrutin ou autrement adapter une des dispositions de la présente loi à la réalisation de son objet, dans la mesure où il le juge nécessaire pour faire face aux exigences de la situation.

50. (1) A qualité d'électeur toute personne qui, à la fois:

a) a atteint l'âge de dix-huit ans;

b) est citoyen canadien.

i

. . .

53. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d'électeur a le droit d'avoir son nom inscrit sur la liste électorale de la section de vote où elle réside ordinairement à la date du

date for the referendum and to vote at the polling station established therein.

55. (1) The rules in this section and sections 56 to 59 and 62 apply to the interpretation of the expressions "ordinarily resident" and "ordinarily resided" in any section of this Act in which those expressions are used with respect to the right of a voter to vote.

(2) Subject to this section and sections 56 to 59 and 62, the question as to where a person is or was ordinarily resident at any material time or during any material period shall be determined by reference to all the facts of the case.

(3) The place of ordinary residence of a person is, generally, the place that has always been, or that the person has adopted as, the place of his habitation or home, and to which he intends to return when he is away from it.

(4) Where a person usually sleeps in one place and has his meals or is employed in another place, the place of his ordinary residence is where the person sleeps.

(5) A person can have only one place of ordinary residence and it cannot be lost until another is gained.

Order-in-Council P.C. 1992-2045, dated September 17, 1992

WHEREAS, pursuant to subsection 3(1) of the Referendum Act, the Governor in Council considers that it is in the public interest to obtain by means of a referendum the opinion of electors on the question hereinafter set out relating to the Constitution of Canada;

WHEREAS, pursuant to section 4 of that Act, no proclamation may be issued before the text of the referendum question has been approved under section 5 of that Act;

AND WHEREAS the text of the referendum question hereinafter set out was approved by the House of Commons under section 5 of that Act of September 10, 1992 and was concurred in thereunder by the Senate on September 15, 1992;

THEREFORE, HIS EXCELLENCY THE GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL, on the recommendation of the Prime Minister, pursuant to subsection 3(1) of the Referendum Act, is pleased hereby to order that a

recensement relative au référendum et de voter au bureau de scrutin établi dans cette section de vote.

55. (1) Les règles du présent article et des articles 56 à 59 et 62 s'appliquent à l'interprétation des expressions «réside ordinairement», «résidant ordinairement» et «résidait ordinairement» dans tout article de la présente loi où ces expressions sont employées à l'égard du droit de vote d'un électeur.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 56 à 59 et 62, la question de savoir où une personne réside ou résidait ordinairement à une époque pertinente ou pendant une période de temps appréciable doit être décidée en se référant à toutes les circonstances du cas.

(3) Le lieu de résidence ordinaire d'une personne est en général l'endroit qui a toujours été, ou qu'elle a adopté comme étant, le lieu de son habitation ou sa demeure, où elle entend revenir lorsqu'elle en est absente.

(4) Lorsqu'une personne couche habituellement dans un lieu et mange ou travaille dans un autre, le lieu de sa résidence ordinaire est celui où la personne couche.

(5) Une personne ne peut avoir qu'un seul lieu de résidence ordinaire et elle ne peut le perdre que si elle en acquiert un autre.

Décret C.P. 1992-2045, daté du 17 septembre 1992

Attendu que, conformément au paragraphe 3(1) de la Loi référendaire, le gouverneur en conseil estime que l'intérêt public justifie la consultation du corps électoral canadien par voie référendaire sur la question ci-après relative à la Constitution du Canada;

Attendu que, en vertu de l'article 4 de cette loi, il ne peut être pris de proclamation avant que le texte de la question référendaire ne soit approuvé en conformité avec l'article 5 de cette loi;

Attendu que, en conformité avec l'article 5 de cette loi, le texte de la question référendaire ci-après a été approuvé par la Chambre des communes le 10 septembre 1992 et a reçu l'agrément du Sénat le 15 septembre 1992,

À ces causes, sur recommandation du premier ministre et en vertu du paragraphe 3(1) de la Loi référendaire, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil d'ordonner la prise d'une proclamation soumettant

proclamation do issue directing that the opinion of electors be obtained by putting to the electors of the provinces of Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, British Columbia, Prince Edward Island, Saskatchewan, Alberta, Newfoundland, the Yukon Territory and the Northwest Territories, at a referendum called for that purpose, the following question relating to the Constitution of Canada:

“Do you agree that the Constitution of Canada should be renewed on the basis of the agreement reached on August 28, 1992?”

— —
Yes No

Judgments

Federal Court, Trial Division (Denault J.)

On the application by the respondent Her Majesty the Queen for an order striking her from the originating notice, Denault J. refused to hear the merits of the case, emphasizing that the mandatory notice period for constitutional questions had not yet expired, and dealt only with the procedural issues.

Finding s. 18 of the *Federal Court Act* available only where the relief sought arises from a decision of a “federal board, commission or other tribunal”, he held that the Crown does not come within the definition of “federal board, commission or other tribunal” set out in s. 2 of the *Federal Court Act* and, in addition, that the s. 18 procedure is not appropriate where the issues to be resolved are of a serious and complex nature. He concluded that ss. 17 and 48 applied and that an action against the Queen had to be commenced by statement of claim. As such, Denault J. granted the respondent’s motion, and struck Her Majesty the Queen from the originating notice.

Federal Court, Trial Division (Joyal J.), [1992] 3 F.C. 602

At the hearing on the amended Originating Notice, the Crown (appearing in an institutional capacity and not as a party respondent) argued that

au corps électoral canadien, lors d’un référendum tenu dans les provinces de l’Ontario, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l’Île-du-Prince-Édouard, de la Saskatchewan, de l’Alberta et de Terre-Neuve, ainsi que dans le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, la question suivante relative à la Constitution du Canada:

«Acceptez-vous que la Constitution du Canada soit renouvelée sur la base de l’entente conclue le 28 août 1992?»

— —
Oui Non

Les jugements

La Cour fédérale, Section de première instance (le juge Denault)

Saisi de la requête de l’intimée, Sa Majesté la Reine, demandant la radiation de la requête introductive d’instance, le juge Denault a refusé d’entendre l’affaire au fond, vu que le délai prescrit pour donner avis de questions constitutionnelles n’était pas encore expiré. Par conséquent, le juge Denault n’a examiné que les questions de procédure.

Ayant déterminé que l’art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* s’applique seulement dans le cas d’un redressement sollicité par suite d’une décision d’un «office fédéral», le juge Denault a jugé que la Couronne n’est pas visée par la définition donnée à ce terme à l’art. 2 de cette loi et, par surcroît, que le recours à la procédure prévue à l’art. 18 n’est pas approprié si les questions à trancher se révèlent à la fois sérieuses et complexes. Il a conclu que les art. 17 et 48 s’appliquaient et qu’une action intentée contre la Reine devait l’être par voie de déclaration. Le juge Denault a, en conséquence, accueilli la requête de Sa Majesté et l’a radiée de la requête introductive d’instance.

La Cour fédérale, Section de première instance (le juge Joyal), [1992] 3 C.F. 602

Lors de l’audition de la requête introductive d’instance amendée, la Couronne (comparaissant en sa qualité institutionnelle et non d’intimée), a

since the real issue was the constitutional validity of a federal statute, the court lacked any jurisdiction to consider the matter under s. 18 of the *Federal Court Act*. In view of the peculiar circumstances and in spite of the earlier order of Denault J., Joyal J. took the jurisdictional questions under advisement, and allowed the case to proceed on the merits.

In Joyal J.'s view, the right to vote embodied in s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* relates only to elections to the federal Parliament and legislative assemblies, and does not include a right to vote in any other instance. Since the federal Order-in-Council did not include Quebec, the question of whether or not Quebec should have been included was a policy decision and not a justiciable issue. He concluded that the applicants had no right to vote in the federal referendum, and that their only recourse, if any, might be to resort to the Quebec courts. In his opinion, at p. 608, the predicament facing the applicants was one

which is often found when the political structure of a community is based on a federal system where both levels of authority enjoy their respective and exclusive jurisdictions.

While concluding that he had jurisdiction under s. 18 of the *Federal Court Act*, Joyal J. dismissed the applicants' *Charter* arguments, finding no violation of freedom of expression under s. 2(b), of mobility rights under s. 6, nor of equality rights under s. 15(1). Given this conclusion on the merits, he dismissed the application to add the Attorney General as a party.

Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 611 (Hugessen and Stone J.J.A., and Décary J.A. (dissenting))

On the jurisdictional question, Hugessen J.A., for the majority, found that the Chief Electoral Officer fell within the definition of 'federal board, commission or other tribunal'. The appellants'

fait valoir que, comme la véritable question en litige concernait la constitutionnalité d'une loi fédérale, selon l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* la cour n'avait pas juridiction pour se saisir de la question. Compte tenu des circonstances spéciales et en dépit de l'ordonnance antérieure du juge Denault, le juge Joyal a pris en délibéré les questions de juridiction et a procédé à l'instruction au fond.

De l'avis du juge Joyal, le droit de vote consacré à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique qu'aux élections législatives fédérales et provinciales et ne confère le droit de voter dans aucune autre circonstance. Comme le décret fédéral ne visait pas le Québec, l'inclusion ou non de cette province dans son champ d'application était une décision de politique législative et non une question relevant de la compétence des tribunaux. Il a conclu que les requérants n'avaient pas le droit de voter au référendum fédéral et que leur seul recours, si tant est qu'ils en avaient un, ne pouvait être que devant les tribunaux du Québec. Selon le juge Joyal, à la p. 608, la situation dans laquelle se trouvaient les requérants en était une

souvent rencontrée lorsque la structure politique d'une collectivité se fonde sur un système fédéral dans lequel les deux paliers de gouvernement ont chacun leur compétence exclusive.

Bien qu'ayant décidé qu'il avait juridiction en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le juge Joyal a rejeté les arguments des requérants fondés sur la *Charte* parce que, a-t-il conclu, il n'y avait eu aucune violation de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b), ni de la liberté de circulation prévue à l'art. 6 ni des droits à l'égalité énoncés au par. 15(1). Étant donné cette conclusion sur le fond de l'affaire, il a rejeté la requête aux fins d'adjoindre le procureur général comme partie au litige.

La Cour d'appel fédérale, [1992] 3 C.F. 611 (les juges Hugessen et Stone, et le juge Décary (dissent))

Sur la question de juridiction, le juge Hugessen, au nom de la majorité, a conclu que le directeur général des élections était un «office fédéral» au sens de la définition de ce terme. Les appelants

complaint was that the Chief Electoral Officer had failed to exercise his power and jurisdiction to correctly apply and adapt the *Canada Elections Act* to the referendum. Such an allegation properly comes under s. 18 of the *Federal Court Act*, and the Attorney General of Canada is expressly authorized to be made a party to such proceedings. Since, in the context of a *Charter* challenge to federal legislation, the Attorney General is also a necessary party, the majority found that Joyal J. should have allowed the application to add the Attorney General of Canada.

The appeal from the decision of Joyal J. on the procedural point having been allowed, the appeal from Denault J.'s order on the related point was declared moot and quashed. With respect to the Chief Electoral Officer's cross-appeal, Hugessen J.A. observed that, though courts have traditionally acted with restraint in matters relating to the conduct of elections, a Chief Electoral Officer has no historical privilege or statutory immunity against claims which are founded in the *Charter*. The cross-appeal was accordingly dismissed.

On the merits, the majority held that Joyal J. had reached the right conclusion, finding that if there was any denial of the appellants' rights, it flowed exclusively from the operation of the provincial legislation (at p. 616):

While it is no doubt true that it is the federal order in council restricting the federal referendum to all provinces and territories other than Quebec which has created the background for the appellant's present situation, it remains that it is the Quebec legislation alone which is at the root of his complaint. He does not now reside in any province in which the federal referendum is being held and the federal legislation does not affect him one way or the other. As a resident of Quebec he is subject to that province's referendum legislation and it is solely that legislation which denies him the right to vote.

Commenting that the very scheme of the *Referendum Act* (Canada) and the *Canada Elections Act*

alléguaient que le directeur général des élections avait négligé d'exercer son pouvoir et sa compétence de manière à appliquer et à adapter correctement au référendum la *Loi électorale du Canada*. Or, ce genre d'allégation relève à juste titre de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et il y est expressément prévu que le procureur général du Canada peut être constitué partie à une instance visée à cet article. Puisque, dans le contexte de la contestation d'une loi fédérale en vertu de la *Charte*, le procureur général est également une partie nécessaire, les juges majoritaires ont conclu que le juge Joyal aurait dû faire droit à la demande visant à adjoindre le procureur général du Canada comme partie au litige.

L'appel contre la décision du juge Joyal sur la question de procédure ayant été accueilli, celui interjeté contre l'ordonnance du juge Denault sur la question connexe a été déclaré d'intérêt théorique et rejeté. En ce qui concerne l'appel incident formé par le directeur général des élections, le juge Hugessen a fait remarquer que, malgré la retenue qu'ont traditionnellement montrée les tribunaux saisis de questions touchant la tenue d'élections, le directeur général des élections ne jouit historiquement d'aucun privilège ni d'aucune immunité légale contre les demandes fondées sur la *Charte*. Par conséquent, l'appel incident a été rejeté.

Statuant sur le fond de l'affaire, les juges majoritaires ont été d'avis que le juge Joyal avait raison et que toute atteinte à leurs droits qu'ont pu subir les appelants résultait exclusivement de l'application de la loi provinciale (à la p. 616):

Bien qu'il soit tout à fait exact que c'est le décret fédéral limitant le référendum fédéral à toutes les provinces et tous les territoires autres que le Québec qui a tissé la toile de fond de la situation dans laquelle se trouve l'appelant, il demeure que c'est la loi québécoise à elle seule qui est à la source de sa plainte. Il ne réside présentement dans aucune province où le référendum fédéral sera tenu et la loi fédérale ne le touche d'aucune façon. Résident du Québec, il est assujéti à la loi référendaire de cette province et seule cette loi lui nie le droit de vote.

Indiquant que, de par le régime même qu'elles établissent, la *Loi référendaire* (Canada) et la *Loi*

is based upon questions of geography, the majority found no constitutional impropriety in the Order-in-Council which limited the number of provinces in which the federal referendum would be held (at p. 617):

... because a referendum is limited to constitutional questions, and because the amending formula (and indeed the Constitution itself) envisages processes and substantive rules which may differ according to the province or number of provinces involved, it is entirely normal that different questions may be put to the electors in one or more provinces or that a question may be put to the electors in some provinces but not others. [Footnote omitted.]

Décary J.A., dissenting, agreed that the Federal Court of Appeal had jurisdiction under s. 18 of the *Federal Court Act*, and that the Attorney General of Canada and the Chief Electoral Officer were properly made parties to the proceedings. However, he disagreed with the majority's conclusion on the merits. Taking judicial notice of "political realities", Décary J.A. was of the view that the federal referendum, though not being held in all ten provinces, was in reality a national referendum, and that Parliament had not intended that any citizen of Canada would be disenfranchised with respect to this important issue.

He asserted that if the appellants were denied the right to participate in the referendum, their freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* would be infringed. He also found that their rights to the equal benefit of the law guaranteed in s. 15(1) of the *Charter* would be infringed, finding that in the circumstances of this case, province of residence could be a personal characteristic capable of constituting a ground of discrimination. Décary J.A. further commented at p. 622 that:

The source of the infringement, should the appellant be denied his rights, would not be the Quebec legislation but, rather, the federal legislation which would have failed to take into account for the purposes of a national

électorale du Canada s'appuient sur des considérations d'ordre géographique, les juges majoritaires ont conclu que le décret limitant le nombre de provinces dans lesquelles serait tenu le référendum fédéral ne renfermait aucune irrégularité sur le plan constitutionnel (à la p. 617):

... parce qu'un référendum est limité à des questions constitutionnelles et que la formule d'amendement (et la Constitution elle-même quant à cela) envisage des procédures et des règles de fond qui peuvent varier suivant la province ou le nombre de provinces en cause, il est tout à fait normal que des questions différentes puissent être soumises aux électeurs dans une ou plusieurs provinces ou qu'une question puisse être soumise aux électeurs dans certaines provinces et non dans d'autres. [Renvoi omis.]

Le juge Décary, dissident, a convenu que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* est attributif de compétence à la Cour d'appel fédérale et que c'est à bon droit que le procureur général du Canada et le directeur général des élections avaient été constitués parties à l'instance. Il n'a toutefois pas souscrit à la conclusion des juges majoritaires sur le fond. Prenant connaissance d'office des «réalités politiques», le juge Décary a estimé que le référendum fédéral, même s'il ne se tenait pas dans chacune des dix provinces, était, dans les faits, un référendum national, et que le Parlement n'avait pas voulu qu'un seul citoyen canadien soit privé du droit de voter sur cette importante question.

D'après le juge Décary, refuser aux appelants le droit de participer au référendum porterait atteinte au droit à la liberté d'expression dont ils jouissent aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*. Il a conclu également que ce serait une violation du droit au même bénéfice de la loi garanti au par. 15(1) de la *Charte*, car, dans les circonstances de l'espèce, la province de résidence pourrait être une caractéristique personnelle susceptible de constituer un motif de discrimination. Il a fait remarquer en outre, à la p. 622:

Si l'appelant devait être privé de ses droits, la violation n'aurait pas sa source dans la loi du Québec, mais plutôt dans la loi fédérale qui n'aurait pas tenu compte, aux fins d'un référendum national, des distinctions qui

referendum the existing differences in provincial legislation with respect to electors' qualifications.

Since Parliament is presumed to act in conformity with the *Charter*, Décarý J.A. determined that the issue could be resolved through statutory interpretation without placing the holding of the referendum itself in jeopardy. He concluded at p. 623 that the term "elector of a province" could be interpreted to include

in a particular province electors who are ordinarily resident of that given province on enumeration date and who do not qualify under the residency requirements of the latter, but who were ordinarily resident in that particular province at any time in the six-month period prior to the referendum. . . .

He recognized that his interpretation was "somewhat stretched", but would have granted the declaratory relief sought on the ground that the Federal Court of Appeal was the "next-to-last" resort of people in the appellants' position.

Constitutional Questions

The following constitutional questions were phrased by the Chief Justice:

1. If the *Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, and the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, exclude from voting at the federal referendum Canadian electors who have moved to Quebec but who failed to meet Quebec's six months residency requirements for voting in the provincial referendum, do these Acts, in whole or in part, violate ss. 2(b), 3 or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to the first constitutional question stated herein is in the affirmative, is such infringement justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society?

3. Does Order-in-Council P.C. 1992-2045, enacted pursuant to s. 3(1) of the *Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, infringe the rights or freedoms guaranteed the applicants under ss. 2(b), 3 or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

existent dans les lois provinciales à l'égard des qualités exigées des électeurs.

Comme le Parlement est présumé agir en conformité avec la *Charte*, le juge Décarý a décidé que la question pouvait être résolue par voie d'interprétation de la loi, sans compromettre la tenue du référendum lui-même. L'expression «corps électoral» d'une province, a-t-il conclu, à la p. 623, pouvait s'interpréter de manière à comprendre

dans une certaine province les électeurs qui sont des résidents ordinaires de la province donnée à la date du recensement et qui n'ont pas qualité d'électeur en vertu des exigences de cette province en matière de résidence, mais qui étaient néanmoins des résidents ordinaires de cette province à quelque moment que ce soit au cours des six mois précédant la référendum . . .

Reconnaissant le caractère «quelque peu élastique» de son interprétation, le juge Décarý aurait tout de même accordé le jugement déclaratoire sollicité, et ce, au motif que la Cour d'appel fédérale constituait l'«avant dernière» instance pour les gens se trouvant dans la situation des appelants.

Les questions constitutionnelles

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Si la *Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, et la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, empêchent de voter au référendum fédéral les électeurs canadiens qui ont déménagé au Québec mais qui n'ont pas satisfait à l'exigence de résider depuis au moins six mois que pose le Québec pour pouvoir voter au référendum provincial, ces lois, en totalité ou en partie, violent-elles l'al. 2b), l'art. 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question constitutionnelle formulée ici est affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* à titre de limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

3. Le décret C.P. 1992-2045, pris conformément au par. 3(1) de la *Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis aux requérants par l'al. 2b), l'art. 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. If the answer to the second constitutional question stated herein is in the affirmative, is such infringement justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society?

4. Si la réponse à la deuxième question constitutionnelle formulée ici est affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* à titre de limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Issues

The constitutional questions formulated above raise but one central issue: Did Mr. Haig and those persons in a similar situation have the right to cast a ballot in the federal referendum held on October 26, 1992, either as a matter of statutory interpretation, or due to the operation of the *Charter*? I would answer this question by examining the following issues:

1. The proper interpretation of the federal referendum legislation, in particular, s. 3(1) of the *Referendum Act* (Canada), and ss. 53 and 55 of the *Canada Elections Act*.

2. The powers of the Chief Electoral Officer under s. 7(3) of the *Referendum Act* (Canada) and s. 9(1) of the *Canada Elections Act* to modify the provisions of the *Canada Elections Act*.

3. The constitutionality of the *Referendum Act* (Canada) and the Order-in-Council made thereunder, with respect to alleged violations of ss. 3, 2(b) and 15(1) of the *Charter*.

Statutory Interpretation of the Referendum Legislation

The first question is whether the federal referendum legislation is capable of bearing an interpretation that would allow the appellants to vote in the federal referendum. The answer to this question lies in the scope that can be given to the phrase "electors of . . . one or more provinces specified in the proclamation" in s. 3(1) of the *Referendum Act* (Canada).

The appellants suggest that the Court should take a broad and purposive approach to this interpretative task. I agree. Following a number of authorities on the subject, the words of Dickson C.J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada*

Les questions en litige

Les questions constitutionnelles formulées ci-dessus se réduisent à une seule question fondamentale: Monsieur Haig et les personnes se trouvant dans une situation semblable à la sienne avaient-ils le droit, résultant soit de l'interprétation des lois, soit de l'application de la *Charte*, de voter au référendum fédéral tenu le 26 octobre 1992? Pour y répondre, j'examinerai les points suivants:

1. L'interprétation qu'il convient de donner à la législation fédérale en matière référendaire, en particulier au par. 3(1) de la *Loi référendaire* (Canada) et aux art. 53 et 55 de la *Loi électorale du Canada*.

2. Les pouvoirs de modifier la *Loi électorale du Canada* que confèrent au directeur général des élections le par. 7(3) de la *Loi référendaire* (Canada) et le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada*.

3. La constitutionnalité de la *Loi référendaire* (Canada) et du décret émis sous son régime, eu égard aux violations qu'on allègue à l'encontre de l'art. 3, de l'al. 2b) et du par. 15(1) de la *Charte*.

L'interprétation de la législation référendaire

Se pose en premier lieu la question de savoir si la législation référendaire fédérale peut souffrir une interprétation qui permettrait aux appelants de voter au référendum fédéral. La réponse à cette question tient à la portée à donner à l'expression «corps électoral [. . .] dans une ou plusieurs provinces mentionnées dans la proclamation», qui figure au par. 3(1) de la *Loi référendaire* (Canada).

Les appelants prétendent que la Cour devrait adopter une interprétation à la fois large et fondée sur l'objet. Je suis d'accord. Conformément aux énoncés de plusieurs arrêts à ce sujet, les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Compagnie des*

(*Canadian Human Rights Commission*), [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134, support this proposition:

Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained.

The purpose, then, of the *Referendum Act* (Canada) is encapsulated in s. 3(1) of that Act:

3. (1) Where the Governor in Council considers that it is in the public interest to obtain by means of a referendum the opinion of electors on any question relating to the Constitution of Canada, the Governor in Council may, by proclamation, direct that the opinion of electors be obtained by putting the question to the electors of Canada or of one or more provinces specified in the proclamation at a referendum called for that purpose.

Section 3(1) expressly provides that consultation by referendum may be carried out on a national, provincial or multi-provincial basis. Clearly, the purpose is not to obtain the opinion of electors in all Canadian provinces at all times. There could not be clearer language. In order to achieve its purpose, the *Referendum Act* (Canada) fashions a mechanism for obtaining the opinion of electors on questions relating to the Constitution of Canada.

Section 7(1) of the *Referendum Act* (Canada) adopts the *Canada Elections Act* (as adapted) as the model to be used in seeking the opinion of electors, a model in conformity with the purpose of the Order-in-Council. In order to be qualified as an elector under this model, s. 50 specifies that a person must be 18 years of age and a Canadian citizen. Aside from this preliminary question of qualification, the *Canada Elections Act* model is one which is essentially founded on notions of geography. Once a referendum has been proclaimed, s. 6(1) of the *Referendum Act* (Canada) directs the Chief Electoral Officer to issue writs of referendum for the provinces specified in the proclamation. Writs are issued for these provinces, these

chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134, appuient ce point de vue:

Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

L'objet de la *Loi référendaire* (Canada) se trouve succinctement énoncé à son par. 3(1):

3. (1) Le gouverneur en conseil, s'il estime que l'intérêt public justifie la consultation du corps électoral canadien par voie référendaire sur une question relative à la Constitution du Canada, peut, par proclamation, le lui soumettre lors d'un référendum tenu dans l'ensemble du pays ou dans une ou plusieurs provinces mentionnées dans la proclamation.

Le paragraphe 3(1) prévoit expressément que la consultation par voie référendaire peut se faire à l'échelle nationale ou dans une ou plusieurs provinces. De toute évidence, l'objet ne consiste pas à consulter les électeurs de toutes les provinces canadiennes dans tous les cas. Le texte de la disposition est on ne peut plus clair. Pour la réalisation de son objet, la *Loi référendaire* (Canada) crée un mécanisme qui permet la consultation des électeurs sur des questions touchant la Constitution du Canada.

Le paragraphe 7(1) de la *Loi référendaire* (Canada) adopte la *Loi électorale du Canada* (adaptée) comme modèle à suivre aux fins de la consultation des électeurs, modèle qui est conforme, d'ailleurs, à l'objet du décret. Aux termes de l'art. 50 de la *Loi électorale du Canada*, pour avoir qualité d'électeur on doit avoir atteint l'âge de 18 ans et être citoyen canadien. Mis à part cette question préliminaire de la qualité d'électeur, le modèle établi par la *Loi électorale du Canada* repose essentiellement sur des considérations d'ordre géographique. Ainsi, une fois le référendum proclamé, le par. 6(1) de la *Loi référendaire* (Canada) ordonne au directeur général des élections de délivrer des brefs référendaires pour les

provinces are divided into electoral districts, and the electoral districts are further divided into polling divisions. The entitlement to vote under this model is contingent upon a person being ordinarily resident in one of these established polling divisions. This entitlement is clearly set out in s. 53(1), which bears repetition:

53. (1) Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his name included in the list of electors for the polling division in which that person is ordinarily resident on the enumeration date for the referendum and to vote at the polling station established therein. [Emphasis added.]

In short, in order to vote in a federal referendum, a person must be both qualified as an elector, and be ordinarily resident in an established polling division in one of the provinces or territories where the referendum is held. Mr. Haig, as a Canadian citizen over the age of 18 years, comes within the definition of a qualified voter under s. 50 of the *Canada Elections Act*. Did he also qualify, on the enumeration date, as “ordinarily resident” in one of the polling divisions established under the federal referendum legislation?

The interpretation of the expression “ordinarily resident” is governed by the rules set out in ss. 55 to 59 and 62 of the *Canada Elections Act*. The general rule is that a person is ordinarily resident in the location where that person makes his or her home. Making that determination can be complex, but s. 55(2), reproduced earlier, provides required flexibility, stating that a person’s ordinary residence is to “be determined by reference to all the facts of the case”.

In the case before the Court, however, that determination was simple. Mr. Haig’s undisputed affidavit evidence is that he ceased to be ordinarily resident in Ontario in August of 1992, and was ordinarily resident in Quebec on the enumeration date set for the federal referendum. Since Quebec was not one of the provinces listed in the federal proclamation, no writ was issued, and no polling

provinces mentionnées dans la proclamation. Des brefs sont donc délivrés pour ces provinces; celles-ci sont divisées en circonscriptions qui, à leur tour, sont divisées en sections de vote. Suivant ce modèle, une personne n’a le droit de vote que si elle réside ordinairement dans une des sections de vote ainsi établies. C’est ce qui ressort clairement du par. 53(1), qu’il est utile de reproduire de nouveau:

53. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d’électeur a le droit d’avoir son nom inscrit sur la liste électorale de la section de vote où elle réside ordinairement à la date du recensement relative au référendum et de voter au bureau de scrutin établi dans cette section de vote. [Je souligne.]

Bref, pour pouvoir voter à un référendum fédéral, il faut avoir qualité d’électeur et résider ordinairement dans une section de vote établie dans une des provinces ou un des territoires où le référendum se tient. Or, M. Haig, étant citoyen canadien âgé de plus de 18 ans, a qualité d’électeur au sens de l’art. 50 de la *Loi électorale du Canada*. Mais, à la date du recensement, résidait-il «ordinairesment» dans l’une des sections de vote établies en vertu de la loi référendaire fédérale?

L’interprétation de l’expression «réside ordinairement» est assujettie aux règles énoncées aux art. 55 à 59 et 62 de la *Loi électorale du Canada*. La règle générale veut qu’une personne réside ordinairement dans le lieu où elle a établi sa demeure. Quant à savoir si une personne réside ordinairement dans un endroit donné, c’est là une question qui peut s’avérer fort délicate, mais le par. 55(2), reproduit plus haut, est suffisamment souple, car il statue qu’elle «doit être décidée en se référant à toutes les circonstances du cas».

En l’espèce toutefois, cette décision a été facile. En effet, d’après son affidavit non contesté, M. Haig a cessé de résider ordinairement en Ontario en août 1992 et, à la date du recensement en vue du référendum fédéral, il résidait ordinairement au Québec. Puisque le Québec ne figurait pas parmi les provinces énumérées dans la proclamation fédérale, aucun bref n’a été délivré ni aucune

divisions were established in Quebec for the federal referendum. On the enumeration date, Mr. Haig was not ordinarily resident in an established polling division, and he thus had no entitlement to vote in the federal referendum. This would appear to be sufficient to dispose of the matter as far as the statutory interpretation of the *Referendum Act* (Canada) and the *Canada Elections Act* are concerned. Both the purpose and the language of the legislation are clear and unambiguous, and the facts are not contested.

Mr. Haig submits, however, that despite being a resident of Quebec on the federal enumeration date, he retained the right to vote in Ontario, relying on s. 55(5) of the *Canada Elections Act* which states:

55. . . .

(5) A person can have only one place of ordinary residence and it cannot be lost until another is gained.

He argues that, according to this section, he could not lose his ordinary residence for the purpose of voting in the federal referendum until he had qualified as an elector in Quebec, under the relevant Quebec legislation. In my view, s. 55(5) cannot by any stretch of the imagination bear this meaning.

First, such an interpretation simply cannot be sustained on the wording of the section. Section 55(5) is clear, stating merely that a person cannot be without an ordinary residence. There was no allegation that Mr. Haig was without an ordinary residence at any time. On the contrary, and by his own admission, he had an ordinary residence, and that was in the province of Quebec. What he complains of is not that he lacked an ordinary residence. His complaint is that, though resident in Quebec, he had not yet met the six-month residency requirement set out in s. 1 of the *Election Act* (Quebec), and so was not entitled to vote in the Quebec referendum. Neither was he entitled to cast a ballot in the federal referendum held in Ontario, as he was no longer ordinarily resident in that province. Whether one adopts a plain or purposive

section de vote établie au Québec pour le référendum fédéral. À la date du recensement, M. Haig ne résidait pas ordinairement dans une section de vote établie et il n'avait pas, en conséquence, le droit de voter à ce référendum. Voilà donc qui paraît concluant en ce qui concerne l'interprétation de la *Loi référendaire* (Canada) et de la *Loi électorale du Canada*. Aussi bien l'objet que le texte de ces lois sont clairs et non ambigus et personne ne conteste les faits.

Monsieur Haig prétend, cependant, qu'en dépit de sa qualité de résident du Québec à la date du recensement fédéral, il conservait le droit de voter en Ontario, proposition à l'appui de laquelle il invoque le par. 55(5) de la *Loi électorale du Canada*, qui dispose:

55. . . .

(5) Une personne ne peut avoir qu'un seul lieu de résidence ordinaire et elle ne peut le perdre que si elle en acquiert un autre.

Suivant ce paragraphe, soutient M. Haig, il ne pouvait perdre sa résidence ordinaire pour ce qui était de voter au référendum fédéral tant qu'il n'avait pas acquis la qualité d'électeur au Québec conformément à la loi québécoise applicable. À mon avis, le par. 55(5) n'admet aucunement pareille interprétation.

En premier lieu, une telle interprétation est tout simplement irréconciliable avec le texte de cette disposition. Le paragraphe 55(5) est clair, il prévoit uniquement qu'une personne ne peut pas être sans résidence ordinaire et M. Haig ne prétend pas l'avoir jamais été. Au contraire, de son propre aveu, il avait une résidence ordinaire et elle se trouvait au Québec. Ce dont il se plaint, en fait, ce n'est pas de s'être trouvé sans résidence ordinaire, mais bien de ce que, quoique résident de cette province, il n'avait pas encore rempli l'exigence de six mois de résidence posée à l'article premier de la *Loi électorale* (Québec) et n'avait pas, en conséquence, le droit de voter au référendum québécois. Il ne pouvait pas, non plus, voter au référendum fédéral en Ontario parce qu'il avait cessé d'y résider ordinairement. Or, qu'on l'interprète dans son

reading, s. 55(5) of the *Canada Elections Act* provides no assistance to Mr. Haig.

Second, the interpretation proposed goes not only against the wording, but also against the spirit of the *Referendum Act* (Canada), which expressly allows for a consultation of less than all Canadians. Accordingly, the appellants rely on the incorrect assumption that all Canadians were entitled to vote in this federal referendum, and that the question of where one actually casts one's ballot was a purely technical matter. This is clearly not so. Two distinct referenda were held. The federal referendum was held in nine provinces, and two territories. The entitlement to vote in this referendum was tied to ordinary residence in one of these jurisdictions on the enumeration date. The spirit of the Act was clearly to extend an entitlement to vote only to those people ordinarily resident in a jurisdiction specified by proclamation. It would go directly against this spirit and intent to find otherwise.

It is critical to appreciate that residency is not a purely technical matter, but is a fundamental aspect of the referendum scheme itself. This is so for a number of reasons, not the least of which is the sheer mechanics of holding a referendum. The enumeration scheme provided for under the *Canada Elections Act* involves scrutineers going to the ordinary residence of each voter to place his or her name on the electoral roll. In order to apply this statutory structure to the appellants, the Chief Electoral Officer would have had two choices. The first would be to send enumerators into Quebec to find and enumerate those residents of Quebec who were not yet entitled to vote in the provincial referendum. In addition to the time and expense incurred in enumerating those residents who have been in Quebec for less than six months, this option would also require enumerators to operate extra-territorially in a province for which no federal referendum writ was issued. The second

sens clair ou en fonction de son objet, le par. 55(5) de la *Loi électorale du Canada* n'est d'aucun secours à M. Haig.

En deuxième lieu, non seulement l'interprétation proposée est incompatible avec le texte de la *Loi référendaire* (Canada), mais elle l'est aussi avec son esprit, car cette loi autorise expressément la consultation de moins que la totalité des Canadiens. C'est pourquoi les appelants s'appuient sur la proposition, mal fondée, selon laquelle tous les Canadiens avaient le droit de voter à ce référendum fédéral et selon laquelle l'endroit où l'on votait n'était, en fait, qu'une question de forme. De toute évidence, il n'en est rien. Deux référendums distincts ont été tenus. Le référendum fédéral a eu lieu dans neuf provinces et deux territoires. Le droit d'y voter tenait à la résidence ordinaire dans l'un ou l'autre de ces provinces et territoires à la date du recensement. De par son esprit, la Loi visait manifestement à accorder le droit de vote seulement aux personnes résidant ordinairement dans une province ou un territoire mentionnés dans la proclamation. La conclusion contraire serait diamétralement opposée à l'esprit et à l'intention de la loi.

Il importe au plus haut degré de comprendre que la résidence n'est pas qu'une pure formalité, mais qu'elle représente un aspect fondamental du régime référendaire comme tel. Cela tient à plusieurs raisons et, notamment, à tout le côté pratique de la tenue d'un référendum. Sous le régime de recensement prévu à la *Loi électorale du Canada*, des recenseurs se rendent à la résidence ordinaire de chaque électeur afin d'inscrire son nom sur la liste électorale. Il n'y a que deux façons dont le directeur général des élections aurait pu appliquer ce régime aux appelants. La première possibilité aurait été d'envoyer au Québec des recenseurs afin de dépister et de recenser les résidents de cette province qui n'avaient pas encore acquis le droit de voter au référendum provincial. Outre qu'il aurait entraîné des dépenses de temps et d'argent, le recensement des personnes résidant au Québec depuis moins de six mois aurait obligé les recenseurs à exercer leurs fonctions dans une province

choice would be to attempt to enumerate the persons who had recently moved to Quebec in the polling division they left behind. Besides involving similar issues of time, difficulty and expense, this option leaves unanswered the question of how these people would even be located. It goes without saying that both of these options expressly conflict with the requirements of s. 53(1), by allowing for the enumeration of people who are not ordinarily resident in an established polling division. In addition to the difficulties involved in the mechanics of enumeration, there would also have been difficulties related to the mechanics of how these non-residents would be able to vote. It is clear that the interpretation proposed by the appellants would require a highly crafted administrative system, a system that is notably absent from the legislation. In my view, the interpretation of s. 55(5) proposed by the appellants would simply be unworkable, and it cannot be presumed that such an interpretation or result could have been foreseen, let alone intended, by Parliament.

Finally, I must add that the interpretative approach proposed by the appellants is one which would do violence to all canons of interpretation as well as to legislative integrity. The appellants are asking the Court to conclude that ordinary residence under the *Referendum Act* (Canada) cannot be lost until one is entitled to vote under the *Referendum Act* (Quebec). To arrive at such a conclusion, the Court would be required to alter the clear meaning of provisions drafted by the federal government in order to accommodate exigencies arising from provisions drafted by a completely different legislative body, one over which the federal legislator has no authority whatsoever. To do this would be to cut away at the authority of legislative bodies to draft statutory instruments that they feel best reflect their specific purposes and goals. Such a conclusion would strike a blow at the autonomy and independence of legislative bodies in a federal system. It is clear that, carried in different settings,

pour laquelle aucun bref n'avait été délivré en vue du référendum fédéral. La seconde possibilité aurait été de tenter de recenser dans la section de vote qu'elles venaient de quitter les personnes qui avaient récemment déménagé au Québec. Non seulement cette option présente des difficultés analogues à celles de la première et pose des problèmes similaires de temps et de frais, mais elle laisse entière la question de savoir comment on aurait même pu repérer ces personnes. Il va sans dire que ces deux options vont directement à l'encontre des exigences du par. 53(1) en permettant le recensement de personnes qui ne résident pas ordinairement dans une section de vote établie. En plus des difficultés que comporte le processus du recensement, auraient surgi également des problèmes quant à savoir comment ces non-résidents allaient pouvoir voter. Visiblement, l'interprétation proposée par les appelants nécessiterait un système administratif hautement perfectionné, système que la loi ne crée manifestement pas. Selon moi, l'interprétation du par. 55(5) avancée par les appelants se révélerait tout simplement impossible à appliquer et on ne saurait supposer que le Parlement a prévu ni, à plus forte raison, voulu une telle interprétation ou conséquence.

En dernier lieu, je me dois d'ajouter que la méthode d'interprétation que proposent les appelants ferait violence à tous les principes d'interprétation ainsi qu'à l'intégrité législative. Les appelants demandent à la Cour de conclure que la résidence ordinaire au sens de la *Loi référendaire* (Canada), ne se perd que lorsqu'on acquiert le droit de vote en vertu de la *Loi sur la consultation populaire* (Québec). Mais, pour tirer une telle conclusion, la Cour se verrait contrainte de modifier le sens clair de dispositions qu'a rédigées le gouvernement fédéral afin de faire face à une situation qui résulte de dispositions émanant d'un corps législatif tout à fait différent, sur lequel le législateur fédéral n'a absolument aucune autorité. Ce serait là miner le pouvoir des corps législatifs de rédiger les textes législatifs qui, d'après eux, reflètent le mieux les objets et les buts particuliers qu'ils ont fixés. Ce serait, en outre, porter atteinte à l'autonomie et à l'indépendance des corps légis-

such an interpretative approach would have incredible and untenable consequences.

I conclude that the *Referendum Act* (Canada) and the *Canada Elections Act* could not properly be interpreted to extend an entitlement to vote to those Canadian citizens who, on the enumeration day, were not ordinarily resident in one of the jurisdictions where, pursuant to the Order-in-Council, the federal government held its referendum.

Powers of the Chief Electoral Officer

It was argued and it is the minority's view that, notwithstanding the clear and unambiguous terms of the legislation, the Chief Electoral Officer had, pursuant to s. 7(3) of the *Referendum Act* (Canada) and s. 9(1) of the *Canada Elections Act*, the discretion to adapt or interpret the *Canada Elections Act* so as to assist the appellants. Do these sections, then, confer upon the Chief Electoral Officer the authority to treat residents of Quebec as if they were residents of another province in order to enable them to vote in the federal referendum? In my view, they do not.

According to s. 7(3) of the *Referendum Act* (Canada), the Chief Electoral Officer may "adapt the *Canada Elections Act* in such a manner as [he] considers necessary for the purposes of applying that Act in respect of a referendum". Clearly, the discretion accorded the Chief Electoral Officer may be exercised only where adaptations of the *Canada Elections Act* are deemed necessary to facilitate the holding of a specific referendum. Though the Chief Electoral Officer is given a discretionary power to adapt the legislation, this power does not extend to authorize a fundamental departure from the scheme of the *Referendum Act* (Canada). In exercising his discretion, he must remain within the parameters of the legislative scheme.

latifs dans un système fédéral. Il est évident que, transposée dans des contextes différents, une telle méthode d'interprétation aurait des conséquences à la fois inconcevables et inadmissibles.

Je conclus que la *Loi référendaire* (Canada) et la *Loi électorale du Canada* ne sauraient, à juste titre, être interprétées comme attributives du droit de vote aux citoyens canadiens qui, à la date du recensement, ne résidaient pas ordinairement dans une province ou un territoire où, aux termes du décret, allait se tenir le référendum fédéral.

Les pouvoirs du directeur général des élections

On a fait valoir—et telle est l'opinion qu'a exprimée le juge minoritaire en Cour d'appel fédérale—qu'en dépit de la formulation claire et non ambiguë des dispositions législatives applicables, le directeur général des élections détenait, en vertu du par. 7(3) de la *Loi référendaire* (Canada) et du par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada*, le pouvoir discrétionnaire d'adapter ou d'interpréter la *Loi électorale du Canada* de manière à aider les appelants. Ces paragraphes habilite-t-ils alors le directeur général des élections à traiter des résidents du Québec comme s'ils étaient des résidents d'une autre province afin de leur permettre de voter au référendum fédéral? Je ne le crois pas.

Suivant le par. 7(3) de la *Loi référendaire* (Canada), le directeur général des élections peut «adapter la *Loi électorale du Canada* de la façon qu'il estime nécessaire à son application au référendum». De toute évidence, le pouvoir discrétionnaire conféré au directeur général des élections ne peut s'exercer que dans les cas où de telles adaptations à la *Loi électorale du Canada* s'avèrent nécessaires afin de faciliter la tenue d'un référendum donné. Bien que le directeur général des élections se voie attribuer un pouvoir discrétionnaire d'adapter la loi, ce pouvoir ne va pas jusqu'à permettre qu'il s'éloigne fondamentalement du régime qu'établit la *Loi référendaire* (Canada). En exerçant son pouvoir discrétionnaire, il doit demeurer dans les limites de ce régime législatif.

As noted above, residence is a pivotal feature of the referendum scheme as captured in both pieces of federal legislation. The Order-in-Council directed that a referendum be held in a number of clearly specified jurisdictions. Where electors were not ordinarily resident in those jurisdictions, they had no entitlement to vote in that referendum. The discretionary power of the Chief Electoral Officer cannot be exercised to extend the entitlement to vote beyond the parameters established in the Order-in-Council. Were he to adapt the legislation in a manner that extended the reach of the underlying Order-in-Council, the Chief Electoral Officer would exceed the boundaries of his jurisdiction and, in my view, he would be exposed to having his decision quashed upon judicial review.

It was suggested that s. 9(1) of the *Canada Elections Act*, referred to earlier, provides more expansive remedial powers. This section bears repetition here:

9. (1) Where, during the course of a referendum, it appears to the Chief Electoral Officer that, by reason of any mistake, miscalculation, emergency or unusual or unforeseen circumstance, any of the provisions of this Act do not accord with the exigencies of the situation, the Chief Electoral Officer may, by particular or general instructions extend the time for doing any act, increase the number of referendum officers or polling stations or otherwise adapt any of the provisions of this Act to the execution of its intent, to such extent as he considers necessary to meet the exigencies of the situation. [Emphasis added.]

Although the text of this section seems very broad, it only contemplates situations where the provisions of the legislation do not accord with particular needs arising out of any “mistake, miscalculation, emergency or unusual or unforeseen circumstance”. The appellants argue that their situation, falling in the gap between the provisions of a provincial and a federal referendum, was just such an unusual and unforeseen occurrence. Clearly, it could not fall within the terms “mistake, miscalculation [or] emergency”. In my view, Mr. Haig’s situation is neither an unusual nor an unforeseen circumstance. The *Referendum Act* (Canada) expressly states that a referendum may

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la résidence représente un élément essentiel du régime référendaire établi par les deux lois fédérales en question. Le décret ordonnait la tenue d’un référendum dans des provinces et territoires clairement indiqués. Les électeurs qui ne résidaient pas ordinairement dans l’un ou l’autre de ces provinces ou territoires n’avaient pas le droit de voter à ce référendum. Le directeur général des élections ne saurait, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, accorder un droit de vote qui dépasse les limites fixées dans le décret. Si, en effet, il adaptait la loi de manière à élargir la portée du décret sous-jacent, le directeur général des élections excéderait sa compétence et, à mon avis, il courrait le risque que sa décision soit déclarée nulle sur requête en révision judiciaire.

On a soutenu que le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada*, dont il a déjà été question, confère des pouvoirs curatifs plus étendus. Il y a lieu de reproduire encore une fois ce paragraphe:

9. (1) Lorsque, au cours d’un référendum, le directeur général des élections estime que, par suite d’une erreur, d’un calcul erroné, d’une urgence ou d’une circonstance exceptionnelle ou imprévue, une des dispositions de la présente loi ne concorde pas avec les exigences de la situation, le directeur général des élections peut, au moyen d’instructions générales ou particulières, prolonger le délai imparti pour faire tout acte, augmenter le nombre de fonctionnaires référendaires ou de bureaux de scrutin ou autrement adapter une des dispositions de la présente loi à la réalisation de son objet, dans la mesure où il le juge nécessaire pour faire face aux exigences de la situation. [Je souligne.]

Pour large que puisse en paraître la portée, ce paragraphe ne vise que les situations où les dispositions de la loi ne concordent pas avec des besoins particuliers qui naissent par suite «d’une erreur, d’un calcul erroné, d’une urgence ou d’une circonstance exceptionnelle ou imprévue». Or, les appelants soutiennent que leur situation, qui échappait à l’application des dispositions provinciales, mais aussi des dispositions fédérales, en matière référendaire, constituait précisément une telle circonstance exceptionnelle et imprévue. Il ne s’agissait assurément pas «d’une erreur, d’un calcul erroné [ou] d’une urgence». À mon avis, la situation de M. Haig n’a rien d’exceptionnel ni d’im-

be directed at the electors of specific provinces. The exclusion of electors not resident in those provinces on the enumeration date is the clear and unambiguous consequence of the legislative scheme adopted. It is entirely foreseeable and in no way unusual that those people who do not meet the minimal requirements set out in the legislation will not be entitled to vote, whether in a referendum or in an election.

Section 9(1) of the *Canada Elections Act* is also restricted to adaptations designed to facilitate the "execution of its intent". The object of the *Canada Elections Act*, as adapted for the referendum, is to ensure that those who are entitled to vote are given an opportunity to do so. The object is not to enfranchise those who are not entitled to vote. To invoke s. 9(1) in aid of the appellants would distort the fundamental voting scheme, in a manner contrary to the intent of both the *Canada Elections Act* and the *Referendum Act* (Canada). In my opinion, the conditions necessary for the exercise of the remedial discretion accorded the Chief Electoral Officer in s. 9(1) of the *Canada Elections Act* were simply not present in this case.

However, even if I were to conclude that the Chief Electoral Officer had the statutory authority to make arrangements to allow for the enumeration of the appellants, he was not required to make such arrangements. The power given the Chief Electoral Officer in s. 9(1) of the *Canada Elections Act* is a discretionary power. In the absence of a *Charter* violation, this discretion remained to be exercised by the Chief Electoral Officer as he saw fit, and he cannot be compelled by a court to exercise it in a specific fashion, unless, of course, such discretion was not exercised judicially, which is not the case here.

In short, I find that the Chief Electoral Officer could not, without acting outside his jurisdiction under the Order-in-Council, accommodate Mr. Haig's circumstances and in no way was he

prévu. La *Loi référendaire* (Canada) prévoit expressément la consultation par voie référendaire des électeurs de provinces déterminées. L'exclusion d'électeurs qui ne résident pas dans ces provinces à la date du recensement découle clairement et inéluctablement du régime législatif adopté. Il est tout à fait prévisible et pas du tout inhabituel que les personnes qui ne satisfont pas aux exigences minimales prescrites par la loi n'auront pas droit de vote, que ce soit à l'occasion d'un référendum ou d'une élection.

De plus, le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada* se borne aux adaptations destinées à faciliter la «réalisation de son objet». Or, la *Loi électorale du Canada*, telle qu'elle a été adaptée en vue du référendum, vise à faire en sorte que les personnes ayant droit de vote se voient accorder la possibilité de l'exercer. Elle n'a pas pour objet d'admettre à voter ceux qui n'en ont pas le droit. Invoquer le par. 9(1) en faveur des appelants reviendrait donc à déformer le régime électoral fondamental, et ce, d'une manière contraire à l'objet tant de la *Loi électorale du Canada* que de la *Loi référendaire* (Canada). À mon avis, les conditions fixées pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire curatif conféré au directeur général des élections par le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada* n'ont tout simplement pas été remplies en l'espèce.

Toutefois, même si je concluais que le directeur général des élections détenait aux termes de la loi le pouvoir de prendre des dispositions pour permettre le recensement des appelants, il n'y était nullement tenu. Le pouvoir que le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada* confère au directeur général des élections est discrétionnaire. Pour peu qu'il ne contrevienne pas à la *Charte*, le directeur général des élections peut exercer ce pouvoir comme bon lui semble, et aucun tribunal ne saurait le contraindre à le faire d'une façon particulière, à moins, bien entendu, qu'il ne l'ait pas exercé judiciairement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Bref, je suis d'avis que le directeur général des élections ne pouvait, sans outrepasser la compétence que lui attribuait le décret, faire des adaptations qui tiennent compte des circonstances de

remiss in his duty on the basis that he neglected to use the discretionary and remedial powers accorded to him by s. 7(3) of the *Referendum Act* (Canada) and s. 9(1) of the *Canada Elections Act*. These provisions did not entitle nor require him to supersede or extend the purpose and intent, expressed in clear and unambiguous terms, of the legislation. The appellants' argument in this connection must fail.

After writing these reasons, I have had the opportunity to read the reasons of my colleague Cory J. and must emphasize that I find myself in total agreement with the principles he advances, particularly as to the importance to Canadians of the right to vote, in elections as well as referenda. I also agree that the *Referendum Act* (Canada) "encourages a very broad view of residence" (p. 1056).

Since, however, Mr. Haig, in this case, never alleged nor even argued before us that he had an Ontario residence or any connection whatsoever to the province of Ontario on the enumeration date in Ontario, the question of the discretionary power of the Chief Electoral Officer to allow him to vote in the federal referendum on that basis was never raised. The only question raised in this appeal, as far as the Chief Electoral Officer is concerned, was his power to extend the federal referendum residing requirements to persons who were not residents on the enumeration date in a province or territory where the federal referendum was held. This, in my view, the Chief Electoral Officer has no power to do.

As my colleague suggests, however, had Mr. Haig, and others in the same position, applied to the Chief Electoral Officer for a determination of his right to vote in Ontario on the basis of a substantial connection with Ontario on the enumeration date, it would have been up to the Chief Electoral Officer to exercise his discretionary power. This, of course, would be a different case.

M. Haig, et qu'il n'a aucunement failli à son obligation du fait de ne pas avoir exercé les pouvoirs discrétionnaires et curatifs que lui confèrent le par. 7(3) de la *Loi référendaire* (Canada) et le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada*. Ces dispositions ne l'autorisaient ni ne l'obligeaient à écarter ou à élargir l'objet et le but, clairement et nettement exprimés, de la législation. L'argument avancé par les appelants à cet égard doit donc être rejeté.

Après avoir rédigé mes motifs, j'ai eu l'occasion de lire ceux de mon collègue le juge Cory et je dois souligner que je suis tout à fait d'accord avec les principes qu'il énonce, particulièrement en ce qui concerne l'importance pour les Canadiens du droit de vote à l'occasion aussi bien d'élections que de référendums. Je suis d'accord également pour dire que la *Loi référendaire* (Canada) «favorise une perception très large du concept de résidence» (p. 1056).

Cependant, puisque, en l'espèce, M. Haig n'a jamais prétendu ni même fait valoir devant nous qu'il résidait en Ontario ou avait un lien quelconque avec la province d'Ontario à la date du recensement dans cette province, la question du pouvoir discrétionnaire du directeur général des élections de lui permettre de voter au référendum fédéral sur cette base n'a jamais été examinée. La seule question soulevée dans le présent pourvoi, en ce qui concerne le directeur général des élections, concerne son pouvoir d'étendre les exigences de la *Loi référendaire* (Canada) en matière de résidence aux personnes qui n'étaient pas, à la date du recensement, résidents d'une province ou d'un territoire où le référendum fédéral avait lieu. À mon avis, c'est quelque chose que le directeur général des élections n'a pas le pouvoir de faire.

Toutefois, comme le préconise mon collègue, si M. Haig, et d'autres dans la même situation, avait demandé au directeur général des élections de rendre une décision relativement à son droit de vote en Ontario en faisant valoir un lien substantiel avec cette province à la date du recensement, le directeur général des élections aurait pu décider d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Ce serait là, il va sans dire, une toute autre affaire.

Constitutionality

It should be emphasized at this point that, though the Quebec referendum legislation did not allow the appellants to vote in the Quebec referendum, the Quebec legislation was never challenged by the appellants. This is hardly surprising since, in Canada's constitutional system, the provinces have and retain authority to establish rules governing voting within the province. Territorial exigencies, such as those present in the northern territories, may justify a host of rules particular to a given province, and the possibility of such divergence is woven into the very fabric of Canadian federalism itself. No one has challenged the residency requirements established in the Quebec legislation, nor argued that they are in any way unconstitutional.

The only enactments challenged are the *Referendum Act* (Canada), the *Canada Elections Act* and the Order-in-Council as infringing upon the *Charter* rights of the appellants. The appellants submit that, to the extent that they were unable to participate in the federal referendum, they were deprived of their constitutional right to vote (s. 3), of their freedom of expression (s. 2(b)), and of their right to equal benefit of the law (s. 15(1)). They set out two alternative sources of this *Charter* violation: first, they challenge the provisions of the *Referendum Act* (Canada) and the *Canada Elections Act* as constitutionally under-inclusive to the extent that they failed to make provision for the enumeration of the appellants in a "national" referendum; alternatively, they submit that the Order-in-Council itself violated the *Charter* by failing to include the province of Quebec.

Leaving aside for the moment the *Charter* issues, I am of the view that neither of these alternative arguments has any merit. I would make only the following two comments at this juncture. First, the argument that the legislation is constitutionally under-inclusive received some support in the dissenting reasons of Décaré J.A. However, the argument rests upon the flawed fundamental assumption that there was a "national" referendum. There

La constitutionnalité

Soulignons ici que, même si la loi québécoise en matière référendaire ne leur permettait pas de voter au référendum québécois, les appelants n'ont jamais contesté cette loi. Cela n'est guère surprenant étant donné que, sous le régime constitutionnel canadien, ce sont les provinces qui détiennent le pouvoir d'établir des règles applicables au déroulement des scrutins sur leur territoire. Des exigences territoriales, comme celles existant dans les territoires du Nord, peuvent justifier une foule de règles propres à une province donnée, et la possibilité de ce genre de divergence fait partie intégrante du fédéralisme canadien lui-même. Personne n'a contesté les exigences en matière de résidence que pose la loi québécoise ni n'a prétendu qu'elles sont de quelque manière inconstitutionnelles.

Seuls sont contestés en l'espèce la *Loi référendaire* (Canada), la *Loi électorale du Canada* et le décret, auxquels on reproche qu'ils portent atteinte aux droits des appelants garantis par la *Charte*. Les appelants font valoir que, dans la mesure où ils n'ont pu participer au référendum fédéral, ils ont été privés du droit constitutionnel de voter (art. 3), de leur liberté d'expression (al. 2b) et du droit au même bénéfice de la loi (par. 15(1)). L'origine de ces violations de la *Charte* serait double d'après les appelants: premièrement, ils contestent la *Loi référendaire* (Canada) et la *Loi électorale du Canada* comme étant trop limitatives sur le plan constitutionnel, en ce sens qu'elles ne prévoyaient pas le recensement des appelants dans le cadre d'un référendum «national»; ils soutiennent, à titre subsidiaire, que le décret lui-même contrevenait à la *Charte* du fait qu'il ne mentionnait pas la province de Québec.

Laissant provisoirement de côté les questions relatives à la *Charte*, je tiens pour mal fondés l'un et l'autre argument. Je me borne ici aux deux observations suivantes. Premièrement, quant à l'argument relatif au caractère constitutionnellement trop limitatif de la législation en question, il reçoit un certain appui dans les motifs dissidents du juge Décaré. L'argument repose, cependant, sur la supposition fondamentalement erronée qu'il s'agissait

was in fact no such "national" federal referendum. There were two referenda held on October 26, 1992, both, it is true, concerning the Charlottetown Accord, but pursuant to separate and distinct legislative schemes. Though the federal government may well have taken note of the results of the Quebec referendum, it would be unfounded in law to suggest that the federal government "allowed" Quebec to administer part of what was really a "national" referendum. Quebec did not need the authorization of the federal government to hold its referendum, and the Quebec referendum legislation was not within federal control or authority. Had the federal government wished to hold a "national" referendum, it could have included Quebec in the proclamation. Though it had every right to do so, it chose not to, as it also had the right to do.

Second, the appellants challenge the constitutionality of the federal Order-in-Council itself. In this regard, I fully agree with Hugessen J.A. that "there is no constitutional impropriety in a federal order in council requiring a referendum to be held in some but not all of the provinces". In fact, there is nothing in the Canadian Constitution which relates to referenda, let alone anything that mandates or prevents this type of consultation by either the federal or provincial governments. The propositions of the appellants to the contrary simply cannot be sustained. The decision to hold a federal referendum in nine provinces and two territories was a constitutionally permissible one. It was a political choice, a choice open under the legislation, and a choice consistent with principles of federalism. What is left to consider, then, is whether this choice was also consistent with the obligations of the federal government under the *Charter*. It is to that issue that I now turn.

Section 3: The Right to Vote

Does s. 3 of the *Charter* guarantee to every citizen of Canada the right to participate in a federal referendum, independently of the terms of the federal referendum legislation? Section 3 of the *Charter* reads as follows:

d'un référendum «national» alors qu'en réalité tel n'est pas le cas. Le 26 octobre 1992, il y a eu deux référendums. Certes, l'un et l'autre portaient sur l'Accord de Charlottetown, mais ils ont été tenus sous des régimes législatifs tout à fait distincts. Bien que le gouvernement fédéral aurait bien pu tenir compte des résultats du référendum québécois, il serait juridiquement inexact de prétendre que le fédéral a «permis» au Québec d'administrer une partie de ce qui était, dans les faits, un référendum «national». Le Québec n'avait pas à obtenir l'autorisation fédérale de tenir son référendum et la loi référendaire québécoise ne relevait ni du contrôle ni du pouvoir fédéral. S'il avait voulu tenir un référendum «national», le gouvernement fédéral aurait pu inclure le Québec dans la proclamation. Il était en droit de le faire, mais il s'en est abstenu, comme il avait aussi le droit de le faire.

Deuxièmement, les appelants contestent la constitutionnalité du décret fédéral même. À ce propos, je suis entièrement d'accord avec le juge Hugessen qu'«il n'y a rien d'irrégulier sur le plan constitutionnel à ce qu'un décret fédéral exige la tenue d'un référendum dans certaines provinces, mais non dans toutes». De fait, il n'y a rien dans la Constitution canadienne qui se rapporte aux référendums, et encore moins qui autorise les gouvernements, soit fédéral, soit provinciaux, à procéder à ce type de consultation, ou qui les en empêche. Les assertions contraires des appelants sont tout simplement insoutenables. La décision de tenir un référendum fédéral dans neuf provinces et deux territoires n'allait pas à l'encontre de la Constitution. Il s'agissait d'un choix d'ordre politique, d'un choix qu'admettait la législation applicable et d'un choix conforme aux principes du fédéralisme. Reste donc à examiner si ce choix était également conciliable avec les obligations imposées au gouvernement fédéral par la *Charte*, et c'est cette question que j'aborde maintenant.

L'article 3: le droit de vote

L'article 3 de la *Charte* garantit-il à tous les citoyens du Canada le droit de participer à un référendum fédéral, peu importe les termes de la loi référendaire fédérale? L'article 3 de la *Charte* est ainsi conçu:

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 wording of the section, as is immediately apparent, is quite narrow, guaranteeing only the right to vote in elections of representatives of the federal and the provincial legislative assemblies. As Professor Peter Hogg notes in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 42-2, the right does not extend to municipal elections or referenda.

In *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, this Court had occasion to more fully consider the content of s. 3 of the *Charter*. Writing in the context of a provincial election, Cory J., dissenting but not on this point, articulated at p. 165 that “[t]he right to vote is synonymous with democracy”. Clearly, in a democratic society, the right to vote as expressed in s. 3 must be given a content commensurate with those values embodied in a democratic state. For the majority of the Court, McLachlin J. concluded at p. 183 that it is the Canadian system of effective representation that is at the centre of the guarantee:

... 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. [Emphasis in original.]

The purpose of s. 3 of the *Charter* is, then, to grant every citizen of this country the right to play a meaningful role in the selection of elected representatives who, in turn, will be responsible for making decisions embodied in legislation for which they will be accountable to their electorate.

The democratic rights contained in ss. 3, 4 and 5 of the *Charter* are quite explicitly articulated. In his discussion in “Democratic Rights”, in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian*

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

La portée de cet article, cela saute aux yeux d’ailleurs, est assez restreinte, car n’y est garanti que le droit de voter aux élections législatives fédérales et provinciales. Ainsi que le fait remarquer le professeur Peter Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 42-2, le droit de vote n’est pas garanti dans le cas d’élections municipales ou de référendums.

Dans l’affaire *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, notre Cour a eu l’occasion d’entreprendre une étude plus approfondie du contenu de l’art. 3 de la *Charte*. Dans le contexte d’élections provinciales, le juge Cory (dissident, mais non sur ce point) écrit, à la p. 165, que «[l]e droit de vote est synonyme de démocratie». Évidemment, dans une société démocratique, l’étendue du droit de vote énoncé à l’art. 3 doit correspondre aux valeurs propres à un État démocratique. Le juge McLachlin, au nom de la majorité, a conclu, à la p. 183, que c’est le système canadien de représentation effective qui constitue l’essence de la garantie:

... 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 ... [Souligné dans l’original.]

L’article 3 de la *Charte* a donc pour objet d’accorder à tous les citoyens canadiens le droit de jouer un rôle important dans l’élection de députés qui, eux, sont chargés de prendre des décisions qui seront consacrées dans des lois dont ils auront à rendre compte auprès de leurs électeurs.

Les droits démocratiques prévus aux art. 3, 4 et 5 de la *Charte* sont très clairement énoncés. Dans *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), sous la direction de G.-A. Beaudoin et

Charter of Rights and Freedoms (2nd ed. 1989), 265, Professor Beaudoin summarizes these rights at p. 266 as:

The right to choose the government, the right to seek public office, the right to vote periodically, freely and in secret and the right for those elected to sit regularly are the bases of democratic rights.

The democratic rights guaranteed in the *Charter* are also positive ones. Federal and provincial governments have a mandate to hold regular elections to allow citizens to select their representatives. The failure to hold such regular elections would violate the *Charter*, would open the government to account for such constitutional infringements, and would undoubtedly provoke a constitutional crisis. Since the results of an election are clearly binding upon citizens in a democratic society, failure to act upon such results would entail a serious constitutional breach.

A referendum, on the other hand, is basically a consultative process, a device for the gathering of opinions. Voting in a referendum differs significantly from voting in an election. First, unless it legislatively binds itself to do so, a government is under no obligation to consult its citizens through the mechanism of a referendum. It may, as did Quebec under Bill 150, bind itself to conduct a specific referendum but, in the absence of such legislation, there is no obligation to hold this type of consultation. Second, though a referendum may carry great political weight and a government may choose to act on the basis of the results obtained, such results are non-binding in the absence of legislation requiring a government to act on the basis of the results obtained. In the absence of binding legislation, the citizens of this country would not be entitled to a legal remedy in the event of non-compliance with the results. Were a government to hold a referendum and then ignore the results, the remedy would be in the political and not the legal arena. These differences provide further evidence that the constitutionally guaranteed right to vote does not contemplate the right to vote in a referendum.

E. Ratushny, le professeur Beaudoin résume ainsi ces droits dans son analyse intitulée «Les droits démocratiques», à la p. 309:

^a Le droit de choisir ceux qui nous gouvernent, le droit de se porter candidats aux charges publiques, le droit de voter périodiquement, librement et secrètement et le droit pour les élus de siéger régulièrement constituent les assises des droits démocratiques.

^b Les droits démocratiques garantis par la *Charte* sont donc positifs. Les gouvernements fédéral et provinciaux sont obligés de tenir régulièrement des élections afin de permettre aux citoyens de choisir leurs représentants. L'omission de tenir ces élections constituerait une violation de la *Charte* dont le gouvernement serait comptable et provoquerait sans doute une crise constitutionnelle. Puisque les résultats d'élections lient évidemment les citoyens dans une société démocratique, ne pas donner suite à ces résultats représenterait une contravention grave à la Constitution.

^c Un référendum, par contre, n'est, au fond, qu'un processus de consultation, un moyen de recueillir des opinions. Voter à un référendum diffère sensiblement de voter à des élections. Premièrement, à moins de s'y astreindre dans une loi, un gouvernement n'est pas tenu de consulter les citoyens par voie référendaire. Il peut, comme l'a fait le Québec dans la loi 150, s'obliger à tenir un référendum particulier, mais, sauf une telle loi, ce type de consultation n'a rien d'obligatoire. Deuxièmement, bien qu'un référendum puisse peser très lourd sur le plan politique et qu'un gouvernement puisse choisir de donner suite aux résultats référendaires, ceux-ci ne lient le gouvernement que si un texte législatif le prescrit. En l'absence d'un texte législatif ayant force obligatoire, les citoyens du pays n'auraient droit à aucun remède juridique si le gouvernement n'agissait pas en conformité avec les résultats. L'unique remède en pareil cas relèverait de l'arène politique plutôt que judiciaire. Ces différences viennent donc renforcer le point de vue selon lequel le droit de vote garanti par la Constitution ne comprend pas le droit de voter à un référendum.

Section 3 of the *Charter* is clear and unambiguous as is its purpose: it is limited to the elections of provincial and federal representatives. Consequently, since a referendum is in no way such a selection, the citizens of this country cannot claim a constitutional right to vote in a referendum under s. 3 of the *Charter*. Accordingly, Mr. Haig's s. 3 *Charter* rights were not infringed because he could not cast his ballot in the federal referendum.

Section 2(b): Freedom of Expression

Mr. Haig also claims that the fact that he could not vote in the federal referendum infringed his freedom of expression. Expressing one's opinion on the Charlottetown Accord, according to Mr. Haig, is an attempt to convey meaning, the content of which relates to political discourse, which is at the core of s. 2(b) of the *Charter* and enjoys the highest degree of protection. The content of this expression, he says, cannot be meaningfully examined apart from its form, namely, participation in the referendum itself. Consequently, he urges the Court to find that the actual casting of a ballot in a federal referendum is a protected form of expression, asserting that s. 2(b) of the *Charter* mandates not only immunity from state interference, but also an affirmative role on the part of the state in providing this specific means of expression.

The Court has, on many occasions, considered the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter*. (See *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *BCGEU v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *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; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada*

La formulation de l'art. 3 de la *Charte*, tout comme son objet d'ailleurs, est claire et non ambiguë: il se limite aux élections de députés provinciaux et fédéraux. Comme un référendum ne constitue donc aucunement de telles élections, les citoyens canadiens ne sauraient invoquer le droit constitutionnel, découlant de l'art. 3 de la *Charte*, de voter à un référendum. Par conséquent, le fait de n'avoir pu voter au référendum fédéral n'a entraîné pour M. Haig aucune atteinte à ses droits garantis par l'art. 3 de la *Charte*.

L'alinéa 2b): la liberté d'expression

Monsieur Haig prétend, en outre, qu'on a porté atteinte à sa liberté d'expression parce qu'il n'a pu voter au référendum fédéral. Selon M. Haig, exprimer son opinion sur l'Accord de Charlottetown représente une tentative de transmettre une pensée dont le contenu relève du discours politique qui, lui, est au cœur même de l'al. 2b) de la *Charte* et bénéficie du plus haut degré de protection. Le contenu de cette expression, affirme-t-il, ne saurait être valablement examiné indépendamment de sa forme, à savoir la participation au référendum lui-même. Il invite, en conséquence, la Cour à conclure que l'acte de voter à un référendum fédéral est lui-même une forme protégée d'expression, car, dit-il, non seulement l'al. 2b) de la *Charte* prescrit l'immunité contre l'ingérence étatique, mais il prévoit que l'État doit veiller activement à fournir ce mode précis d'expression.

Notre Cour s'est penchée à maintes occasions sur la question de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. (Voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *BCGEU c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *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; *R. c. Keegstra*, [1990]

(*Human Rights Commission*) v. *Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; and *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731). Both Canadian society and the courts have at all times recognized that freedom of expression is a fundamental value in Canada. This Court has abundantly discussed the values underlying freedom of expression, and since those values are not in dispute here, it is not necessary to delve into them at great length. Nor is it in dispute that the activity of casting a ballot is an expressive one. As Dickson C.J. and Lamer and Wilson J.J. noted in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 968, "Expression' has both a content and a form, and the two can be inextricably connected". Referenda are in fact an illustration of this phenomenon, and in this context, it would be artificial to separate the form of expression from its content. The casting of a ballot in a referendum is undoubtedly a means of expression, but again, this is not in dispute here.

At issue is whether s. 2(b) of the *Charter* guarantees to all Canadians the right to vote in a referendum. In failing to ensure that each Canadian was provided with the opportunity to vote in the federal referendum, did the federal government infringe upon their freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter*? Does freedom of expression include a positive right to be provided with specific means of expression?

As a starting point, I would note that case law and doctrinal writings have generally conceptualized freedom of expression in terms of negative rather than positive entitlements. In *The System of Freedom of Expression* (1970), T. I. Emerson, speaking of the United States Bill of Rights whose First Amendment provision is even more stringent than its Canadian *Charter* counterpart, observes at p. 627:

The traditional premises of the system [of freedom of expression] are essentially laissez-faire in character. They envisage an open marketplace of ideas, with all persons and points of view having equal access to the means of communication. In supporting this system, the

3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; et *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.) La société canadienne et les tribunaux ont toujours reconnu que la liberté d'expression représente, au Canada, une valeur fondamentale. Notre Cour a longuement analysé les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression et, comme celles-ci ne font pas l'objet de contestation en l'espèce, point n'est besoin de s'y attarder ici. Il est, en outre, incontesté que voter constitue un mode d'expression. Ainsi que l'ont fait remarquer le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 968: «L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés». Les référendums illustrent en fait ce phénomène et, dans le présent contexte, il serait artificiel de séparer de son contenu la forme de l'expression. Indubitablement, voter à un référendum constitue un mode d'expression, ce qui, encore une fois, n'est aucunement contesté en l'espèce.

La question qui se pose ici est de savoir si l'al. 2b) de la *Charte* garantit à tous les Canadiens le droit de voter lors d'un référendum. En ne veillant pas à ce que chaque Canadien ait la possibilité de voter au référendum fédéral, le gouvernement fédéral a-t-il porté atteinte à la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte*? La liberté d'expression comporte-t-elle le droit positif de se voir fournir un mode précis d'expression?

D'entrée de jeu, je ferai observer que la jurisprudence et la doctrine ont généralement conceptualisé la liberté d'expression en fonction de droits négatifs plutôt que positifs. En effet, dans *The System of Freedom of Expression* (1970), T. I. Emerson, traitant du Bill of Rights des États-Unis, dont la disposition constituant le Premier amendement est encore plus sévère que la disposition analogue de la *Charte* canadienne, fait l'observation suivante, à la p. 627:

[TRADUCTION] Les prémisses traditionnelles du régime [de la liberté d'expression] traduisent essentiellement une attitude de laissez-faire. Elles envisagent un libre échange d'idées dans le cadre duquel tout le monde et tous les points de vue jouissent d'un accès égal aux

First Amendment has played a largely negative role: it has operated to protect the system against interference from the government. Thus the issues have turned for the most part upon reconciling freedom of expression with other social interests that the government seeks to safeguard. The development of legal doctrine has been primarily in the evolution of a series of negative commands. [Emphasis added.]

Like its United States First Amendment counterpart, the Canadian s. 2(b) *Charter* jurisprudence has been shaped by these same foundational premises, focusing mainly on attempts by governments to place limitations on what can be expressed. The traditional question before courts has been: to what extent can freedom of expression be justifiably limited? The answer has been that individuals can expect to be free from government action the purpose or effect of which is to deny or abridge freedom of expression, unless the restraint is one that can be justified in a free and democratic society in accordance with s. 1 of the *Charter*.

It has not yet been decided that, in circumstances such as the present ones, a government has a constitutional obligation under s. 2(b) of the *Charter* to provide a particular platform to facilitate the exercise of freedom of expression. The traditional view, in colloquial terms, is that the freedom of expression contained in s. 2(b) prohibits gags, but does not compel the distribution of megaphones. A case on point is *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (N.W.T.S.C.), aff'd (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. denied, [1984] 1 S.C.R. v. Mr. Allman challenged the constitutionality of a three-year residency requirement contained in a territorial *Plebiscite Ordinance* that prevented him from vot-

moyens de communication. Or, dans son soutien de ce régime, le Premier amendement a joué un rôle surtout négatif: il a été appliqué de manière à protéger le régime contre toute ingérence gouvernementale. Par conséquent, les questions soulevées ont pour la plupart concerné la façon de réconcilier la liberté d'expression et d'autres droits sociaux que le gouvernement cherche à sauvegarder. La doctrine juridique a évolué principalement dans le sens d'une série d'injonctions négatives. [Je souligne.]

C'est selon ces mêmes prémisses fondamentales qui jouent à l'égard du Premier amendement de la Constitution américaine, qu'a été façonnée la jurisprudence portant sur l'al. 2b) de la *Charte* canadienne. Il s'agit d'une jurisprudence qui s'arrête principalement aux tentatives gouvernementales d'imposer des limites au contenu de l'expression. La question traditionnellement soumise aux tribunaux a été la suivante: dans quelle mesure la restriction de la liberté d'expression peut-elle être justifiée? Ce à quoi on a répondu que les particuliers ont le droit de n'être exposés à aucune mesure gouvernementale ayant pour objet ou pour effet de dénier ou de limiter la liberté d'expression, à moins que la restriction ne puisse se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*.

Il n'existe pas encore de décision établissant que, dans des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce, un gouvernement est constitutionnellement tenu, aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*, de fournir une tribune particulière destinée à faciliter l'exercice de la liberté d'expression. Selon le point de vue traditionnel, exprimé dans le langage courant, la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix. Une décision pertinente à ce propos est *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (C.S.T.N.-O.), conf. par (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1984] 1 R.C.S. v. Monsieur Allman contestait la constitutionnalité d'une exigence d'une période de résidence de trois ans, posée dans une ordonnance territoriale en matière référendaire (*Plebiscite Ordinance*), qui l'empêchait de voter lors

ing in an upcoming referendum. The trial judge made the following observation at p. 479:

The "freedom of thought, belief, opinion and expression" referred to in para. 2(b) of the Charter, on which the applicants rely, is therefore to be understood as recognition of a claim which anyone may make against the state . . . to non-interference in matters of thought, belief, opinion and expression. . . .

The applicants' complaint in these proceedings . . . falls instead into the class of a "demand for state intervention" to provide access to the means of expression available to those designated as voters by the Ordinance. . . .

The trial judge concluded that no such entitlement existed, and that Mr. Allman did not have a right to be provided with access to a specific means of expression. The Court of Appeal agreed with that conclusion at p. 236:

. . . the expression of opinion sought by a plebiscite under the *Plebiscite Ordinance* has nothing at all to do with the fundamental freedom of expression guaranteed by the Canadian Charter. It does not abridge or abrogate the fundamental freedom of expression previously enjoyed by the applicants as a guaranteed birthright. It is a supplementary forum created by the territorial government for its own information purposes. The fact that the applicants were denied the opportunity to participate in a public opinion poll did not detract from their fundamental right to speak out and express their views on the subject-matter, whether individually or through the media. [Emphasis added.]

The approach followed in *Allman, supra*, rests firmly on the traditional foundational premises outlined above. However, it is these very premises that are being challenged by the appellants. While the basic theoretical framework underlying freedom of expression has remained unchanged over the past two hundred years, the appellants point out that the political, economic and social conditions under which the theory must be applied have changed significantly. They urge that true freedom of expression must be broader than simply the right to be free from interference, referring to

d'un référendum qui devait avoir lieu. Le juge de première instance a fait l'observation suivante, à la p. 479:

[TRADUCTION] La «liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression» visée à l'al. 2b) de la Charte, sur lequel s'appuient les requérants, doit en conséquence être considérée comme la reconnaissance d'une revendication du droit, que n'importe qui peut faire valoir contre l'État, [. . .] d'être à l'abri de toute ingérence dans tout ce qui a trait à la pensée, à la croyance, à l'opinion et à l'expression. . . .

La plainte formulée par les requérants en l'espèce [. . .] constitue plutôt une «demande que l'État intervienne» pour donner accès au mode d'expression mis à la disposition des personnes ayant qualité d'électeur aux termes de l'Ordonnance. . . .

Le juge de première instance a conclu qu'un tel droit n'existait pas et que M. Allman n'avait aucun droit d'accès à un mode particulier d'expression, conclusion à laquelle a souscrit la Cour d'appel, à la p. 236:

[TRADUCTION] . . . l'expression d'opinion recherchée dans le cadre d'un référendum tenu en vertu de la *Plebiscite Ordinance* n'a absolument rien à voir avec la liberté fondamentale d'expression garantie par la Charte canadienne. Il n'y a ni restriction ni suppression de la liberté fondamentale d'expression garantie aux requérants dès leur naissance. Le référendum constitue une tribune supplémentaire établie par le gouvernement territorial en vue d'obtenir des renseignements à ses propres fins. Les requérants se sont certes vu refuser la possibilité de participer à une consultation de l'opinion publique, mais cela ne portait nullement atteinte à leur droit fondamental de s'exprimer et d'émettre leur opinion sur la question référendaire, que ce soit à titre individuel ou bien dans les médias. [Je souligne.]

L'approche adoptée dans l'affaire *Allman*, précitée, repose fermement sur les prémisses fondamentales traditionnelles déjà exposées. Ce sont toutefois ces prémisses mêmes que contestent les appelants. Quoique le cadre théorique essentiel sous-jacent à la liberté d'expression soit resté inchangé au cours des derniers deux cents ans, les appelants signalent que les conditions politiques, économiques et sociales dans lesquelles doit être appliquée cette théorie ont subi de profonds changements. Selon les appelants, la véritable liberté d'expression ne saurait se ramener au simple droit

Emerson's claim in *The System of Freedom of Expression, supra*, at p. 4, that the state "has a more affirmative role to play in the maintenance of a system of free expression in modern society".

I would agree, and it is well understood, that a philosophy of non-interference may not in all circumstances guarantee the optimal functioning of the marketplace of ideas. Clare Beckton notes in "Freedom of Expression" in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 75, at p. 76:

Generally the fundamental freedoms are guaranteed by placing limitations on the state's ability to abrogate or abridge them. While this can ensure that the state will not erode these guarantees, it does not ensure that freedom of expression will be fostered.

Owen M. Fiss, for his part, in "Free Speech and Social Structure" in J. Lobel, ed., *A Less Than Perfect Union: Alternative Perspectives on the U.S. Constitution* (1988), 346, at p. 352, writes that in modern society, freedom of expression "depends on the resources at one's disposal, and it reminds us that more is required these days than a soapbox, a good voice, and the talent to hold an audience." As he points out, speech often takes place under conditions of scarcity. Both the resources and the very opportunities for speech may tend to be limited, whether by time, lack of money, unavailability of space, or even by our capacity to digest and process information.

Does this inevitably lead to the conclusion that the constitutional guarantees of freedom of expression may import more than the absence of government interference? Some people have suggested that it might. Jean Jacques Blais, in "Freedom of Expression and Public Administration" in D. Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter* (1991), 446, expresses the view that, for example, the concentration of media ownership in Canada may not be in the public interest, and

d'être à l'abri de toute ingérence. Ils se réfèrent, à cet égard, à l'assertion d'Emerson, dans *The System of Freedom of Expression, op. cit.*, à la p. 4, que l'État [TRADUCTION] «doit jouer un rôle plus positif dans le maintien d'un régime de liberté d'expression au sein de la société moderne».

Je partage cette opinion. Il est d'ailleurs généralement accepté que la philosophie de la non-ingérence ne permettra peut-être pas, dans tous les cas, d'assurer le fonctionnement optimal du libre échange des idées. Comme le fait remarquer Clare Beckton dans l'article intitulé «La liberté d'expression» dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 96:

En général, on garantit les libertés fondamentales en imposant des limites à la capacité de l'État de les abroger ou de les restreindre. Ceci peut assurer que l'État n'entamera pas ces garanties, mais cela n'assure pas que la liberté d'expression sera privilégiée.

Owen M. Fiss, pour sa part, dans «Free Speech and Social Structure» paru dans J. Lobel, dir., *A Less Than Perfect Union: Alternative Perspectives on the U.S. Constitution* (1988), 346, écrit à la p. 352, que dans la société moderne la liberté d'expression [TRADUCTION] «tient aux moyens dont on dispose, ce qui nous rappelle que, de nos jours, il ne suffit plus d'une tribune de fortune, d'une bonne voix et du talent de retenir l'attention d'un auditoire». Comme le souligne Fiss, l'expression a souvent lieu dans des conditions difficiles. Les moyens et les possibilités mêmes de s'exprimer peuvent être soumis à des limites imputables aux contraintes de temps, au manque de fonds, à l'absence de locaux ou même à notre capacité restreinte de digérer et d'assimiler les renseignements.

Mais cela amène-t-il inévitablement à conclure que les garanties constitutionnelles de liberté d'expression peuvent impliquer davantage que l'absence d'ingérence gouvernementale? D'aucuns prétendent que c'est possible. Jean Jacques Blais dans «Freedom of Expression and Public Administration», paru dans D. Schneiderman, dir., *Freedom of Expression and the Charter* (1991), 446, exprime l'avis que, par exemple, la concentration des médias qui s'opère au Canada nuit peut-être à

that there may be a more positive role for government to play in diffusing ownership to ensure a more vigorous exercise of freedom of expression amongst the mass media. Along the same lines, Allan C. Hutchinson, in "Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech" (1990), 17 *Can. Bus. L.J.* 2, at pp. 31 and 33, observes that literature produced by striking Molson workers could not gain wide dissemination due to restrictions set by the mass media. Yves de Montigny, in "The Difficult Relationship Between Freedom of Expression and Its Reasonable Limits" (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 35 expresses a similar view at p. 40:

While it is accurate to claim that government interference is very often inconsistent with individual freedom, it is equally accurate to say that genuine autonomy presupposes the legislature's active intervention if necessary.

In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, a case dealing with the boundaries of freedom of association, Dickson C.J. (dissenting) addressed this same concern at p. 361:

Section 2 of the *Charter* protects fundamental "freedoms" as opposed to "rights". Although these two terms are sometimes used interchangeably, a conceptual distinction between the two is often drawn. "Rights" are said to impose a corresponding duty or obligation on another party to ensure the protection of the right in question whereas "freedoms" are said to involve simply an absence of interference or constraint. This conceptual approach to the nature of "freedoms" may be too narrow since it fails to acknowledge situations where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms (e.g., regulations limiting the monopolization of the press may be required to ensure freedom of expression and freedom of the press). [Emphasis added.]

Although that case did not involve a request for government action, but dealt rather with legislative action alleged to interfere with a freedom, Dickson C.J. seems to imply that fundamental freedoms

l'intérêt public, et que le gouvernement pourrait jouer un rôle plus positif en brisant cette concentration afin d'assurer un exercice plus vigoureux de la liberté d'expression parmi les médias. Dans le même ordre d'idées, Allan C. Hutchinson, dans «Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech» (1990), 17 *Can. Bus. L.J.* 2, aux pp. 31 et 33, fait remarquer que des tracts produits par des travailleurs en grève de la Molson ne pouvaient obtenir une large diffusion en raison de restrictions imposées par les médias. Yves de Montigny, dans «The Difficult Relationship Between Freedom of Expression and Its Reasonable Limits» (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 35 exprime un point de vue analogue, à la p. 40:

[TRADUCTION] Il est certes exact de prétendre que l'ingérence gouvernementale s'avère bien souvent incompatible avec la liberté individuelle, mais il l'est tout autant de dire que l'autonomie réelle présuppose l'intervention active du législateur si besoin est.

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, portant sur les limites de la liberté d'association, le juge en chef Dickson (dissident) a abordé ce même point, à la p. 361:

L'article 2 de la *Charte* garantit des «libertés» fondamentales et non des «droits». Si parfois ces deux termes sont utilisés indifféremment, une distinction d'ordre conceptuel est souvent faite entre les deux. On dit au sujet des «droits», qu'ils imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question, alors qu'on dit au sujet des «libertés», qu'elles comportent simplement une absence d'intervention ou de contrainte. Cette conception de la nature des «libertés» est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales (par exemple, une réglementation limitant la monopolisation de la presse peut être nécessaire pour assurer la liberté d'expression et de presse). [Je souligne.]

Bien qu'il ne s'agissait pas, dans cette affaire, d'une demande d'intervention gouvernementale mais qu'il ait été plutôt question d'une mesure législative qui, prétendait-on, portait atteinte à une liberté, le juge en chef Dickson semble laisser

might, in some situations, impose affirmative duties on a state.

At this point, it is important to emphasize that, in talking about freedom of expression, a variety of vocabularies have been employed. People have sometimes used the language of negative and positive entitlements, sometimes focusing on distinctions between rights and freedoms, other times on distinctions between “liberty to” and “liberty of”. (For example, see I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, in *Four Essays on Liberty* (1969), at pp. 118-72; A. W. Mackay, “Freedom of Expression: Is It All Just Talk?” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713; and W. R. Lederman, “Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1.) There may be value to these conceptual distinctions as they provide frameworks which can assist in an analysis of the issues, interests and values that shape a conclusion that a right has or has not been violated.

However, as Dickson C.J. rightly observed, this language cannot be used in a dogmatic fashion. The distinctions between “freedoms” and “rights”, and between positive and negative entitlements, are not always clearly made, nor are they always helpful. One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.

In the proper context, these may perhaps be relevant considerations leading a court to conclude that positive governmental action is required. However, these considerations do not arise in our

entendre que les libertés fondamentales pourraient peut-être, dans certaines situations, entraîner pour l’État des obligations positives.

Or, il importe de souligner ici la diversité du langage employé relativement à la liberté d’expression. Certains ont parlé de droits négatifs ou positifs, insistant tantôt sur les distinctions entre droits et libertés tantôt sur celles entre les expressions anglaises «*liberty to*» et «*liberty of*» (correspondant toutes les deux à «liberté de»). (Voir, par exemple, I. Berlin, «Deux conceptions de la liberté» dans *Éloge de la liberté* (1988), aux pp. 167 à 218; A. W. Mackay, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713, et W. R. Lederman, «Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1985), 11 *Queen’s L.J.* 1.) Il se peut que ces distinctions conceptuelles aient une certaine utilité puisqu’elles forment des grilles susceptibles d’aider dans l’analyse des questions, des intérêts et des valeurs qui sous-tendent la conclusion qu’il y a eu ou non violation d’un droit.

Toutefois, comme le fait remarquer, avec raison, le juge en chef Dickson, il faut se garder de tout dogmatisme dans l’utilisation de ce langage. Les distinctions entre «libertés» et «droits» et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles. On ne doit pas s’écarter du contexte de l’approche fondée sur l’objet énoncée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d’adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s’imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d’une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l’expression, ou à assurer l’accès du public à certains types de renseignements.

Dans le contexte approprié, ces considérations pourraient être pertinentes et amener un tribunal à conclure à la nécessité d’une intervention gouvernementale positive. Ce sont, toutefois, des considé-

case. The context here is a referendum whose legality and legitimacy have been recognized. First, the provisions of the *Referendum Act* (Canada) allow for a referendum to be held in some provinces and not others, and that is what was done here. Second, as discussed earlier, s. 3 of the *Charter* does not guarantee Canadians a constitutional right to vote in a referendum. Third, the referendum itself, far from stifling expression, provided a particular forum for such expression.

The observations of Le Dain J. (Beetz and La Forest JJ. concurring) in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, provide some insight. In the context of s. 2(d) of the *Charter*, he commented at p. 391:

What is in issue here is not the importance of freedom of association in this sense, which is the one I ascribe to s. 2(d) of the *Charter*, but whether particular activity of an association in pursuit of its objects is to be constitutionally protected or left to be regulated by legislative policy. The rights for which constitutional protection is sought—the modern rights to bargain collectively and to strike, involving correlative duties or obligations resting on an employer—are not fundamental rights or freedoms. They are the creation of legislation. . . . [Emphasis added.]

These comments find application to the issue before us. As I stated at the outset, there is no dispute concerning the importance of freedom of expression. Nor is it disputed that voting is a form of expression. Further, in the context of legislative elections, it is clear that voting as a means of expression is constitutionally entrenched in s. 3 of the *Charter*. However, there is just as clearly no constitutionally entrenched right to vote in a referendum.

A referendum is a creation of legislation. Independent of the legislation giving genesis to a referendum, there is no right of participation. The right to vote in a referendum is a right accorded by stat-

rations qui ne jouent pas en l'espèce. Nous nous trouvons, en effet, dans le contexte d'un référendum dont la légalité et la légitimité sont reconnues. Premièrement, la *Loi référendaire* (Canada) autorise la tenue d'un référendum dans certaines provinces mais non dans d'autres, comme cela s'est fait en l'espèce. Deuxièmement, comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 3 de la *Charte* ne garantit pas aux Canadiens le droit constitutionnel de voter à un référendum. Troisièmement, le référendum lui-même, loin d'étouffer l'expression, a créé une tribune particulière pour favoriser l'expression.

Les observations du juge Le Dain (avec l'appui des juges Beetz et La Forest) dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, fournissent un certain éclairage à ce sujet. Dans le contexte de l'al. 2d) de la *Charte*, il fait remarquer, à la p. 391:

Ce qui est en cause en l'espèce est non pas l'importance de la liberté d'association en ce sens, qui est celui que je prête à l'al. 2d) de la *Charte*, mais la question de savoir si une activité particulière qu'exerce une association en poursuivant ses objectifs, doit être protégée par la Constitution ou faire l'objet d'une réglementation par voie de politiques législatives. Les droits au sujet desquels on réclame la protection de la Constitution, savoir les droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève, qui comportent pour l'employeur des responsabilités et obligations corrélatives, ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux. Ce sont des créations de la loi . . . [Je souligne.]

Ces observations sont applicables à la question dont nous sommes saisis en l'espèce. Ainsi que je l'ai dit au début, l'importance de la liberté d'expression ne suscite aucune controverse. On ne conteste pas non plus que voter constitue une forme d'expression. En outre, il est évident que, dans le contexte d'élections législatives, le vote en tant que mode d'expression est consacré à l'art. 3 de la *Charte*. Il est tout aussi évident, cependant, qu'aucun droit de voter lors d'un référendum n'est inscrit dans la Constitution.

Un référendum est une création de la loi. Abstraction faite de la loi prévoyant le référendum, il n'existe aucun droit d'y prendre part. Le droit d'y voter découle de la loi et c'est celle-ci qui régit les

ute, and the statute governs the terms and conditions of participation. The Court is being asked to find that this statutorily created platform for expression has taken on constitutional status. In my view, though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(b) of the *Charter* does not impose upon a government, whether provincial or federal, any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum. Nor does it confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum. A government is under no constitutional obligation to extend this platform of expression to anyone, let alone to everyone. A referendum as a platform of expression is, in my view, a matter of legislative policy and not of constitutional law.

The following caveat is, however, in order here. While s. 2(b) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of *Charter* scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on ground prohibited under s. 15 of the *Charter*.

I would add that issues of expression may on occasion be strongly linked to issues of equality. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, the Court said that s. 15 of the *Charter* is indeed a hybrid of positive and negative protection, and that a government may be required to take positive steps to ensure the equality of people or groups who come within the scope of s. 15. It might well be that, in the context of a particular equality claim, those positive steps may involve the provision of means of expression to certain groups or individuals. However, despite obvious links between various provisions of the *Charter*, I believe that, should such situations arise, it would be preferable to address them within the bounda-

conditions auxquelles est soumis le droit d'y participer. On demande à la Cour de conclure que cette tribune créée par la loi pour favoriser l'expression revêt un caractère constitutionnel. À mon avis, bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2b) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement, provincial ou fédéral, une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un référendum. Il ne confère pas, non plus, à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Le gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir cette tribune pour favoriser l'expression à qui que ce soit, et encore moins à tous. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel.

Une réserve s'impose toutefois: quoique l'al. 2b) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la *Charte* continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la *Charte*.

J'ajouterais que les questions en matière d'expression peuvent, parfois, être intimement liées à celles touchant l'égalité. Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la Cour a observé que l'art. 15 de la *Charte* offre bel et bien une protection hybride, c'est-à-dire positive mais aussi négative, et qu'un gouvernement peut se voir obligé de prendre des mesures positives afin d'assurer l'égalité de personnes ou groupes visés à l'art. 15. Il est fort possible, d'ailleurs, que, dans le contexte d'une revendication particulière d'égalité, ces mesures positives puissent comprendre l'obligation de fournir un mode d'expression à certains groupes ou particuliers. Cependant, en dépit des liens évidents entre diverses dispositions de la *Charte*, je crois que, si de telles situations se pré-

ries of s. 15, without unduly blurring the distinctions between different *Charter* guarantees.

In short, I am of the view that, in the context of the federal referendum held in this case, freedom of expression did not include a constitutional right for all Canadians to be provided with a specific means of expression. Accordingly, the federal government did not violate s. 2(b) of the *Charter* either in holding its referendum or in holding it in less than all provinces and territories. The appellants were unable to cast their ballot simply because, on the enumeration date, they were not ordinarily resident in a province where the federal referendum was held, a limitation which does not infringe the appellants' freedom of expression as guaranteed in the *Charter*.

This leads us to the third alleged *Charter* violation. In providing a platform of expression to less than all Canadians, did the government infringe the appellants' s. 15(1) guarantee to the equal benefit of the law?

Section 15(1): Equality

Section 15(1) of the *Charter* guarantees the right to equality in the following terms:

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.

To the extent that they were unable to vote in the federal referendum, the appellants allege that they were denied the equal benefit of the law. In their opinion, once the federal government decided to hold a "national" referendum on the Charlottetown Accord, it was compelled by s. 15(1) of the *Charter* to afford every qualified Canadian citizen the opportunity to participate in that vote. Since the appellants were not given this opportunity, they forward the proposition that the differential treat-

sentaient, il vaudrait mieux les examiner en fonction du seul art. 15, sans indûment escamoter les distinctions entre différentes garanties énoncées dans la *Charte*.

^a Somme toute, j'estime que, dans le contexte du référendum fédéral dont il s'agit en l'espèce, la liberté d'expression ne comprenait pas un droit constitutionnel pour tous les Canadiens de se voir ^b fournir un mode particulier d'expression. Par conséquent, le gouvernement fédéral n'a contrevenu à l'al. 2b) de la *Charte* ni en tenant son référendum ni en ne le tenant pas dans la totalité des provinces et territoires. Si les appelants n'ont pu voter c'est ^c simplement parce que, à la date du recensement, ils ne résidaient pas ordinairement dans une province où se tenait le référendum fédéral, et cette restriction ne porte aucunement atteinte à leur liberté ^d d'expression garantie par la *Charte*.

Voilà qui nous amène à la troisième atteinte à la *Charte* qui est alléguée. Il s'agit de savoir si, en fournissant une tribune pour favoriser l'expression à moins que la totalité des Canadiens, le gouvernement a lésé les appelants dans leur droit au même bénéfice de la loi reconnu à tous par le par. 15(1).

^f Le paragraphe 15(1): l'égalité

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* garantit dans les termes suivants le droit à l'égalité:

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 ^h mentales ou physiques.

Puisqu'ils n'ont pu voter lors du référendum fédéral, les appelants prétendent avoir été privés du même bénéfice de la loi. D'après eux, du moment que le gouvernement fédéral a décidé de tenir un référendum «national» sur l'Accord de Charlottetown, il était tenu, aux termes du par. 15(1) de la *Charte*, d'accorder à tous les citoyens canadiens ayant qualité d'électeur la possibilité de participer au vote. Privés de cette possibilité, les appelants font valoir que le traitement différent qu'ils ont

ment they received was based on a prohibited ground of discrimination. They advance two arguments in this regard: first, that they were improperly denied equal benefit of the law as new residents of a province; alternatively, that all residents of Quebec were improperly denied equal benefit of the law as a result of the failure to include Quebec in the Order-in-Council.

At the outset, I would reiterate the earlier observation that there was in fact no "national" referendum. The appellants were not afforded an opportunity to vote in the federal referendum simply because they were not ordinarily resident in a polling division established under the *Referendum Act* (Canada). However, was this distinction, one made between the appellants and those Canadians who were ordinarily resident in one of those polling divisions, a distinction which was based on a prohibited ground of discrimination?

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. at p. 174 defined prohibited discrimination under s. 15(1) as:

... a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

He also noted that not all distinctions and differentiations are discriminatory. A complainant under s. 15(1) must establish that he or she is a member of a discrete and insular minority group, that the group is defined by characteristics analogous to the enumerated grounds of discrimination set out in s. 15(1), and that the law has a negative impact. In determining whether a group is analogous to those that are enumerated within s. 15(1) of the *Charter*, Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, focused on the larger context by searching for indicia of discrimination such as "stereotyping,

reçu était fondé sur un motif interdit de discrimination. Ils avancent à cet égard deux arguments: premièrement, que le même bénéfice de la loi leur a été illégitimement refusé en leur qualité de nouveaux résidents d'une province et, subsidiairement, que ce bénéfice a été illégitimement refusé à tous les résidents du Québec par suite de l'omission d'inclure cette province dans le décret.

D'entrée de jeu, je répète mon observation antérieure qu'aucun référendum «national» n'a, en fait, été tenu. La possibilité de voter au référendum fédéral n'a pas été accordée aux appelants pour la simple raison qu'ils ne résidaient pas ordinairement dans une section de vote établie en vertu de la *Loi référendaire* (Canada). Mais cette distinction, faite entre les appelants et les Canadiens qui, effectivement, résidaient ordinairement dans une de ces sections de vote, était-elle fondée sur un motif interdit de discrimination?

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre a défini ainsi, à la p. 174, la discrimination prohibée par le par. 15(1):

... une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Il a fait remarquer, en outre, que ce ne sont pas toutes les distinctions et différences qui constituent une discrimination. Un plaignant qui invoque le par. 15(1) doit, en effet, établir qu'il appartient à une minorité distincte et séparée, que cette minorité se définit par des caractéristiques analogues aux motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) et que la loi en question porte préjudice à cette minorité. Appelée à déterminer si un groupe donné est analogue à ceux visés au par. 15(1) de la *Charte*, le juge Wilson, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, s'est arrêtée au contexte général et a cherché des indices de discrimination tels que «des stéréotypes,

historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice”.

Against this background, the appellants submit that a person's place of residence may be a personal characteristic which is analogous to those prohibited grounds listed in s. 15(1). Though this may well be true in a proper case, this case is not such a case. It would require a serious stretch of the imagination to find that persons moving to Quebec less than six months before a referendum date are analogous to persons suffering discrimination on the basis of race, religion or gender. People moving to Quebec less than six months before a referendum date do not suffer from stereotyping, or social prejudice. Though its members were unable to cast a ballot in the Quebec referendum, the group is not one which has suffered historical disadvantage, or political prejudice. Nor does the group appear to be “discrete and insular”. Membership in the group is highly fluid, with people constantly flowing in or out once they meet Quebec's residency requirements. As they do not exhibit any of the traditional indicia of discrimination, I cannot find that new residents of a province constitute a group which merits the creation of a new s. 15(1) category.

The appellants' alternative argument was that not simply new residents, but rather all residents of Quebec suffered discrimination. That is, they state that the federal government discriminated against all residents of the province of Quebec by failing to include Quebec in the proclamation. It is clear that at the base of the appellants' complaint is the existence of a scheme which allows for one province to be exempted from the scope of federal legislation. Even had the appellants been entitled to vote in the Quebec referendum, the central question would remain: Does the exclusion of one province from a piece of federal legislation violate s. 15(1) of the *Charter*?

des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux».

Dans cette foulée, les appelants font valoir que le lieu de résidence d'une personne peut constituer une caractéristique personnelle analogue aux motifs prohibés énumérés au par. 15(1). Il peut bien en être ainsi dans certaines circonstances, mais ces circonstances n'existent pas en l'espèce. Ce serait fantaisiste au plus haut degré de conclure que les personnes qui déménagent au Québec moins de six mois avant la date d'un référendum sont assimilables aux victimes d'une discrimination fondée sur la race, la religion ou le sexe. Les personnes qui s'installent au Québec moins de six mois avant la date d'un référendum ne souffrent ni de stéréotypage ni de préjugés sociaux. Quoique ses membres n'aient pu voter au référendum québécois, le groupe en question n'est pas de ceux qui ont subi des désavantages historiques ou des préjugés politiques. Il ne semble pas s'agir non plus d'un groupe «distinct et séparé». Sa composition est hautement changeante: des gens s'y ajoutent constamment puis cessent d'en faire partie dès qu'ils satisfont aux exigences posées par le Québec en matière de résidence. Puisqu'ils ne manifestent aucun des signes traditionnels de discrimination, je ne puis conclure que les nouveaux résidents d'une province forment un groupe pour lequel il convient de créer une nouvelle catégorie relevant du par. 15(1).

Les appelants soutiennent, à titre subsidiaire, que non seulement les nouveaux résidents mais bien tous les résidents du Québec ont été victimes de discrimination. Ils affirment, en effet, que le gouvernement fédéral a usé de discrimination envers tous les résidents du Québec en n'incluant pas cette province dans la proclamation. De toute évidence, la plainte des appelants repose essentiellement sur l'existence d'un régime qui permet qu'une province puisse être exemptée de l'application d'une loi fédérale. Même si les appelants avaient eu le droit de voter au référendum québécois, il faudrait encore se poser cette question fondamentale: L'exclusion d'une province du champ d'application d'une loi fédérale constitue-t-elle une violation du par. 15(1) de la *Charte*?

The appellants contend that the differential application of federal law to the provinces can only be tolerated if it is "legitimate" and advances the values of a federal system. In their view, the decision to hold a referendum in only nine provinces did not advance these values. The appellants thus ask the Court to assess the legitimacy of the political decision not to include Quebec in the federal referendum, and to find that this decision was based on the prohibited ground of province of residence, and that it thus violated the s. 15(1) rights of all citizens of Quebec to the equal benefit of the law.

In *Turpin, supra*, the Court considered a provision in the *Criminal Code* which allowed for murder trials by judge alone only in the province of Alberta. An accused outside of Alberta who wanted a trial by judge alone argued that his equality rights were violated. Wilson J., finding that province of residence did not form the basis of a claim in the case before her, clearly left open that possibility that in some situations it might. Residence based equality rights were more fully articulated by Dickson C.J. in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254. In that case, the *Young Offenders Act* permitted provinces to set up "alternative measures" programs to deal with young offenders. The Attorney General for Ontario made the decision not to implement such a program. The Court held that this was not a violation of s. 15(1), emphasizing at p. 285 the discretion of the Attorney General to implement such federal programs:

Once it is determined that there is no duty on the Attorney General for Ontario to implement a program of alternative measures, the non-exercise of discretion cannot be constitutionally attacked simply because it creates differences as between provinces. To find otherwise

Les appelants prétendent que l'on ne saurait tolérer de différences dans l'application aux provinces d'une loi fédérale que si elles sont «légitimes» et qu'elles servent à promouvoir les valeurs propres à un système fédéral. Selon eux, la décision de ne tenir un référendum que dans neuf provinces ne servait pas à promouvoir ces valeurs. Ils demandent, en conséquence, à la Cour d'évaluer la légitimité de la décision politique de ne pas inclure le Québec dans le référendum fédéral. Ils nous demandent, également, de statuer que cette décision était fondée sur un motif interdit de discrimination, à savoir la province de résidence, et portait, en conséquence, atteinte au droit de tous les citoyens du Québec, garanti au par. 15(1), au même bénéfice de la loi.

Dans l'arrêt *Turpin*, précité, la Cour s'est penchée sur une disposition du *Code criminel* qui permettait que, dans la seule province d'Alberta, des procès pour meurtre se déroulent devant un juge siégeant sans jury. Un accusé à l'extérieur de l'Alberta qui désirait subir son procès devant un juge siégeant seul, s'est prétendu victime d'une violation de ses droits à l'égalité. Le juge Wilson, en concluant que la province de résidence ne pouvait pas fonder une plainte dans cette affaire, n'a manifestement pas écarté la possibilité qu'il puisse en être autrement dans certaines situations. La question des droits à l'égalité fondés sur la résidence a fait l'objet d'une étude plus approfondie par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254. Dans cette affaire, il était question de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui autorisait les provinces à établir des programmes de «mesures de rechange» pour les jeunes contrevenants. Or, le procureur général de l'Ontario a décidé de ne pas mettre en œuvre un tel programme. La Cour a statué que cela n'allait pas à l'encontre du par. 15(1), et, à la p. 285, a insisté sur le caractère discrétionnaire du pouvoir du procureur général de mettre en œuvre ce type de programme fédéral:

Une fois qu'on décide qu'il n'incombe au procureur général de l'Ontario aucune obligation de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange, le non-exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut, du seul fait qu'il engendre des différences entre les provinces, don-

would potentially open to *Charter* scrutiny every jurisdictionally permissible exercise of power by a province, solely on the basis that it creates a distinction in how individuals are treated in different provinces. The Attorney General for Ontario was under no *legal* obligation to implement a program and, in my opinion, the decision is unimpeachable because, for the purposes of a constitutional challenge on the basis of s. 15(1) of the *Charter*, "the law" is s. 4, which grants the discretion. [Emphasis added; the third emphasis is from Dickson C.J.]

Dickson C.J. added at p. 286 his opinion that the result "would be no different had s. 4 of the *Young Offenders Act* been challenged directly".

These comments are apposite here. Section 3(1) of the *Referendum Act* (Canada) confers upon the Governor in Council a discretionary power to direct that a referendum be held in any number of provinces. Nowhere in the Canadian Constitution is there mention of an obligation on the Governor in Council to hold a referendum, or to see that a referendum is held in all provinces. Both the decision to hold a referendum, and the decision as to the number of provinces in which a referendum will be held are policy decisions left entirely to governments and legislatures. They involve matters of political consideration. Besides, the Governor in Council is not required to justify the reasons for any particular exercise of his discretion. As Dickson J. said in *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at pp. 112-13:

Governments do not publish reasons for their decisions; governments may be moved by any number of political, economic, social or partisan considerations.

Clearly, in a federal system, province-based distinctions do not automatically give rise to a presumption of discrimination. Section 15(1) of the *Charter*, while prohibiting discrimination, does not alter the division of powers between governments,

ner prise à une attaque fondée sur la Constitution. La conclusion contraire pourrait avoir pour conséquence d'exposer à l'examen en vertu de la *Charte* tout exercice par une province d'un pouvoir relevant de sa compétence, examen dont l'unique fondement serait que cet exercice crée une distinction quant au traitement accordé aux particuliers dans différentes provinces. Le procureur général de l'Ontario n'avait aucune obligation légale de mettre en œuvre un programme et, selon moi, sa décision est inattaquable parce que, aux fins d'une contestation constitutionnelle fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, la «loi» est l'art. 4, qui est attributif du pouvoir discrétionnaire. [Je souligne; le troisième soulignement est du juge en chef Dickson.]

À la page 286, le juge en chef Dickson a ajouté qu'à son avis l'issue «n'aurait pas été différente si l'on avait contesté directement l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*».

Ces observations sont ici pertinentes. Le paragraphe 3(1) de la *Loi référendaire* (Canada) investit le gouverneur en conseil du pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue d'un référendum dans une ou plusieurs provinces. Or, la Constitution canadienne ne fait aucune mention d'une obligation incombant au gouverneur en conseil soit de tenir un référendum, soit de voir à ce qu'un référendum se tienne dans toutes les provinces. Aussi bien la décision de tenir le référendum que celle relative au nombre de provinces dans lesquelles il aura lieu, sont des décisions de principe qui, de par leur nature, relèvent entièrement des gouvernements et des législateurs. Elles comportent des considérations d'ordre politique. Par ailleurs, le gouverneur en conseil n'est pas tenu de justifier un exercice particulier de son pouvoir discrétionnaire. Ainsi que le note le juge Dickson dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, aux pp. 112 et 113:

Les gouvernements ne publient pas les motifs de leurs décisions; ils peuvent être mus par une foule de considérations d'ordre politique, économique ou social, ou par leur propre intérêt.

Manifestement, dans un système fédéral, les distinctions entre les provinces ne donnent pas automatiquement naissance à une présomption de discrimination. Le paragraphe 15(1) de la *Charte*, bien qu'interdisant la discrimination, n'apporte

nor does it require that all federal legislation must always have uniform application to all provinces. It is worth emphasizing that, as Dickson C.J. commented in *R. v. S. (S.)*, *supra*, at pp. 289-92, differential application of federal law in different provinces can be a legitimate means of promoting and advancing the values of a federal system. Differences between provinces are a rational part of the political reality in the federal process. Difference and discrimination are two different concepts and the presence of a difference will not automatically entail discrimination.

The motives which might have guided the decision of the Governor in Council to hold a referendum are not here in dispute, and it is not the task of courts to second-guess the legislature on its political judgment. The decision to hold a referendum in a specific number of provinces is a constitutionally permissible exercise of the discretion accorded to the government under s. 3(1) of the *Referendum Act* (Canada). The fact that the legislature decided not to hold a referendum in the province of Quebec did not violate the constitutional guarantees contained in s. 15(1) of the *Charter*. The appellants had no constitutional right to an Order-in-Council directing that a federal referendum be held in all Canadian provinces and territories.

In conclusion, the provisions of the *Referendum Act* (Canada) and the *Canada Elections Act* are constitutionally valid and, properly interpreted, they did not grant the appellants an entitlement to vote in the federal referendum. In not enumerating the appellants, the Chief Electoral Officer did not err in the exercise of the discretionary and remedial powers accorded him by s. 7(3) of the *Referendum Act* (Canada) and s. 9(1) of the *Canada Elections Act*. Finally, the exclusion of the appellants from the federal referendum did not violate the appellants' constitutional rights under ss. 3, 2(b) or 15(1) of the *Charter*. In light of these findings, I would dismiss the appeal and answer the

aucune modification au partage des pouvoirs entre les gouvernements ni n'exige que toutes les lois fédérales s'appliquent toujours de façon uniforme à toutes les provinces. Il convient de souligner que, comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, précité, aux pp. 289 à 292, des différences dans l'application d'une loi fédérale d'une province à l'autre peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs propres à un système fédéral. Les différences existant entre les provinces font rationnellement partie de la réalité politique d'un régime fédéral. Ce sont deux concepts distincts que ceux de différence et de discrimination et la première n'emporte pas inéluctablement la seconde.

Les motifs qui ont pu inciter le gouverneur en conseil à la tenue d'un référendum ne sont pas contestés en l'espèce et il n'appartient pas aux tribunaux de se substituer au législateur et à son jugement politique. La décision de tenir un référendum dans un nombre spécifique de provinces représente un exercice constitutionnel légitime du pouvoir discrétionnaire conféré au gouvernement par le par. 3(1) de la *Loi référendaire* (Canada). En décidant de ne pas tenir de référendum dans la province de Québec, le législateur fédéral n'a pas violé les garanties constitutionnelles énoncées au par. 15(1) de la *Charte*. La Constitution ne reconnaît aux appelants aucun droit à un décret ordonnant la tenue d'un référendum fédéral dans toutes les provinces et tous les territoires du Canada.

Pour conclure, les dispositions de la *Loi référendaire* (Canada) et de la *Loi électorale du Canada* sont constitutionnelles et, correctement interprétées, ne conféraient pas aux appelants le droit de voter au référendum fédéral. L'omission de recenser les appelants ne constituait pas une erreur dans l'exercice par le directeur général des élections des pouvoirs discrétionnaires et curatifs que lui confèrent le par. 7(3) de la *Loi référendaire* (Canada) et le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada*. En dernier lieu, les appelants n'ont subi, du fait de ne pas avoir pu participer au référendum fédéral, aucune atteinte aux droits constitutionnels garantis à l'art. 3, à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*. Vu

constitutional questions articulated by the Chief Justice as follows:

1. No.
2. Not necessary to answer.
3. No.
4. Not necessary to answer.

As in the courts below, I will make no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I have read with great interest the excellent reasons of Justice L'Heureux-Dubé. However, with respect to residency requirements, I differ from her with regard to the authority, the duties and the nature of the role of the Chief Electoral Officer.

In this appeal consideration must be given to the nature of the right to vote and how statutes which enact that right should be interpreted.

The Approach to the Interpretation of Statutory Franchise Provisions

All forms of democratic government are founded upon the right to vote. Without that right, democracy cannot exist. The marking of a ballot is the mark of distinction of citizens of a democracy. It is a proud badge of freedom. While the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees certain electoral rights, the right to vote is generally granted and defined by statute. That statutory right is so fundamental that a broad and liberal interpretation must be given to it. Every reasonable effort should be made to enfranchise citizens. Conversely, every care should be taken to guard against disenfranchisement.

The principle was captured by J. P. Boyer in *Election Law in Canada: The Law and Procedure*

ces conclusions, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef:

1. Non.
2. Il n'est pas nécessaire de répondre.
3. Non.
4. Il n'est pas nécessaire de répondre.

À l'instar des juridictions inférieures, je n'adjugerais pas de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—J'ai lu avec grand intérêt les excellents motifs du juge L'Heureux-Dubé. Toutefois, en ce qui concerne les exigences en matière de résidence, je diffère d'opinion relativement aux pouvoirs, aux fonctions et à la nature du rôle du directeur général des élections.

Dans le présent pourvoi, il faut examiner la nature du droit de vote ainsi que la façon dont doivent être interprétées les lois qui l'établissent.

L'interprétation des lois relatives au droit de vote

Le droit de vote est le fondement de toutes les formes de gouvernement démocratique. En l'absence de ce droit, il n'y a pas de démocratie. La marque apposée sur un bulletin de vote est la marque distinctive des citoyens d'un pays démocratique. C'est le fier symbole de la liberté. Bien que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantisse certains droits en matière d'élection, le droit de vote est généralement conféré et défini dans une loi. Ce droit légal est tellement fondamental qu'il doit recevoir une interprétation large et libérale. Il faut prendre tous les moyens possibles pour permettre aux citoyens de voter. De même, on doit veiller à ne pas les priver du droit de vote.

Ce principe a été exprimé par J. P. Boyer dans *Election Law in Canada: The Law and Procedure*

of *Federal, Provincial and Territorial Elections* (1987), vol. 1, at p. 383:

Drawing two short lines to form an "X" is the simplest act imaginable. Yet the right to so mark a ballot is as profound as the act is simple. Such marks, systematically compiled, are transformed by our beliefs and our laws into the most eloquent voice the people have.

The right to cast a vote for those seeking public office is encircled by procedures and laws designed not to make the exercise of this right difficult (although someone frustrated at not being able to vote for a technical reason may feel this is the case), but rather to ensure that it cannot be easily swept away.

The courts have always recognized the fundamental importance of the vote and the necessity to give a broad interpretation to the statutes which provide for it. This traditional approach is not only sound it is essential for the preservation of democratic rights. The principle was well expressed in *Cawley v. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35 (S.C.). There Crease J. wrote at p. 37:

The law is very jealous of the franchise, and will not take it away from a voter if the Act has been reasonably complied with. . . . It looks to realities, not technicalities or mere formalities, unless where forms are by law, especially criminal law, essential, or affect the subject-matter under dispute. [Emphasis added.]

To the same effect in *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316, Blake V.C. stated (at p. 323):

The Court is anxious to allow the person who claims it the right to exercise the franchise, in every case in which there has been a reasonable compliance with the statute which gives him the right he seeks to avail himself of. No merely formal or immaterial matter should be allowed to interfere with the voter exercising the franchise

It can be seen that enfranchising statutes have been interpreted with the aim and object of providing

of *Federal, Provincial and Territorial Elections* (1987), vol. 1, à la p. 383:

[TRADUCTION] Tracer deux petites lignes en forme de croix est le geste le plus simple qu'on puisse imaginer. ^a Pourtant, ce droit de faire une marque sur un bulletin de vote a une signification aussi profonde que le geste est simple. Ces marques, systématiquement compilées, deviennent grâce à nos croyances et à nos lois le meilleur moyen d'expression de la population. ^b

Le droit de voter pour un candidat à une charge publique est régi par un ensemble de procédures et de lois qui ne visent pas à rendre difficile l'exercice de ce droit (quoiqu'une personne inhabile à voter pour une raison d'ordre technique puisse être d'avis contraire), mais plutôt à garantir que ce droit ne puisse être facilement aboli.

^d Les tribunaux ont toujours reconnu l'importance fondamentale du vote ainsi que la nécessité d'interpréter d'une façon large les lois conférant ce droit. Cette méthode traditionnelle n'est pas seulement logique, mais elle est essentielle à la préservation des droits démocratiques. Ce principe a été bien exprimé dans l'arrêt *Cawley c. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35 (C.S.), dans lequel le juge Crease écrit, à la p. 37:

^f [TRADUCTION] La loi accorde une protection jalouse au droit de vote et ne privera pas un électeur de ce droit si le texte législatif a été raisonnablement bien respecté. [. . .] Ce sont les réalités qui comptent et non les détails techniques ou les simples formalités, sauf dans le cas où les formalités sont de par la loi, tout particulièrement en droit criminel, essentielles ou touchent l'objet même du différend. [Je souligne.] ^g

^h Dans l'arrêt *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316, le vice-chancelier Blake tient des propos similaires, à la p. 323:

[TRADUCTION] La Cour tient beaucoup à ce que la personne qui revendique le droit de vote puisse l'exercer, dans tous les cas où il y a eu un respect raisonnable de la loi lui donnant le droit qu'il veut exercer. Les simples questions de forme ou d'intérêt négligeable ne devraient pas permettre une atteinte à l'exercice du droit de vote par l'électeur

^j On peut constater que les lois constitutives du droit de vote ont reçu une interprétation qui tend à

citizens with the opportunity of exercising this basic democratic right. Conversely restrictions on that right should be narrowly interpreted and strictly limited.

accorder aux citoyens la possibilité d'exercer ce droit démocratique fondamental. Par ailleurs, il faut interpréter restrictivement les limites à l'exercice de ce droit et veiller à les circonscrire strictement.

The Importance of the Right to Vote on the Referendum

L'importance du droit de vote à un référendum

During the course of the hearing an argument was advanced that a referendum was distinct from and less important than an election. It was argued that, as a result, the generous principles applicable to the right to vote in elections should not apply with the same force to a referendum. I cannot accept that contention. A vast amount of public study, effort and time was expended in drafting the terms of the Charlottetown Accord. Every effort was made to advise Canadians of the importance of the referendum pertaining to it and the significance of the vote of every citizen. The number of voters exercising their franchise in the referendum was comparable to the turnout in federal elections. In the minds of most Canadians, the referendum was every bit as important as an election. If it was not, then Canadians would be clearly justified in wondering what all the fuss was about. The same principles applicable to the right to vote in elections should be applied in the same manner to the right to vote in a referendum.

a

b

c

d

e

f

g

Au cours de l'audience, on a avancé, entre autres, qu'un référendum est différent d'une élection et qu'il est moins important. On a de ce fait soutenu que les généreux principes applicables au droit de voter aux élections ne devraient pas s'appliquer avec la même vigueur à un référendum. Je ne saurais accepter cet argument. Beaucoup d'études, d'efforts et de temps ont été consacrés à la rédaction de l'Accord de Charlottetown. On a pris tous les moyens possibles pour informer les Canadiens de l'importance du référendum s'y rapportant ainsi que de la signification du vote de chaque citoyen. Le nombre d'électeurs qui ont exercé leur droit de vote lors du référendum était comparable à celui des électeurs qui exercent leur droit à l'occasion d'une élection fédérale. Dans l'esprit de la plupart des Canadiens, le référendum était tout aussi important qu'une élection. Si tel n'était pas le cas, les Canadiens seraient en droit de se demander pourquoi on a accordé tant d'attention à cette question. Les principes applicables au droit de voter aux élections devraient être appliqués de la même manière au droit de voter à un référendum.

Residency Requirements and the Interpretation of "ordinarily resident"

Les exigences en matière de résidence et l'interprétation de «réside ordinairement»

It follows that it was the duty of the Chief Electoral Officer to insure that as many Canadians as possible were enfranchised in every situation where that result could be attained without infringing the law.

h

i

Il s'ensuit que le directeur général des élections avait l'obligation de veiller à ce que le plus de Canadiens possible puissent être admis à voter dans tous les cas où cela était possible sans contrevenir à la loi.

Let us review the legislation governing the referendum and the right to vote in that referendum.

Examinons la législation référendaire ainsi que le droit de vote au référendum.

Section 7 of the *Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, provides in part:

j

L'article 7 de la *Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, prévoit notamment:

7. (1) Subject to this Act, the *Canada Elections Act*, as adapted pursuant to subsection (3), applies in respect of a referendum, and, for the purposes of that application, the issue of writs of referendum shall be deemed to be the issue of writs for a general election.

(3) Subject to this Act, the Chief Electoral Officer may, by regulation, adapt the *Canada Elections Act* in such manner as the Chief Electoral Officer considers necessary for the purposes of applying that Act in respect of a referendum.

Sections 50(1), 53(1) and 55(1) to (5) of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2 (as adapted for the purposes of a referendum by SOR/92-430) read:

50. (1) Every person who

(a) has attained the age of eighteen years, and

(b) is a Canadian citizen,

is qualified as an elector.

53. (1) Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his name included in the list of electors for the polling division in which that person is ordinarily resident on the enumeration date for the referendum and to vote at the polling station established therein.

55. (1) The rules in this section and sections 56 to 59 and 62 apply to the interpretation of the expressions "ordinarily resident" and "ordinarily resided" in any section of this Act in which those expressions are used with respect to the right of a voter to vote.

(2) Subject to this section and sections 56 to 59 and 62, the question as to where a person is or was ordinarily resident at any material time or during any material period shall be determined by reference to all the facts of the case.

(3) The place or ordinary residence of a person is, generally, the place that has always been, or that the person has adopted as, the place of his habitation or home, and to which he intends to return when he is away from it.

7. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la *Loi électorale du Canada*, adaptée en conformité avec le paragraphe (3), s'applique au référendum, la délivrance des brefs référendaires étant alors assimilée à celle des brefs relatifs à une élection générale.

(3) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le directeur général des élections peut, par règlement, adapter la *Loi électorale du Canada* de la façon qu'il estime nécessaire à son application au référendum.

Les paragraphes 50(1), 53(1) et 55(1) à (5) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2 (adaptée aux fins d'un référendum par DORS/92-430) disposent:

50. (1) À qualité d'électeur toute personne qui, à la fois:

a) a atteint l'âge de dix-huit ans;

b) est citoyen canadien.

53. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d'électeur a le droit d'avoir son nom inscrit sur la liste électorale de la section de vote où elle réside ordinairement à la date du recensement relative au référendum et de voter au bureau de scrutin établi dans cette section de vote.

55. (1) Les règles du présent article et des articles 56 à 59 et 62 s'appliquent à l'interprétation des expressions «réside ordinairement», «résidant ordinairement» et «résidait ordinairement» dans tout article de la présente loi où ces expressions sont employées à l'égard du droit de vote d'un électeur.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 56 à 59 et 62, la question de savoir où une personne réside ou résidait ordinairement à une époque pertinente ou pendant une période de temps appréciable doit être décidée en se référant à toutes les circonstances du cas.

(3) Le lieu de résidence ordinaire d'une personne est en général l'endroit qui a toujours été, ou qu'elle a adopté comme étant, le lieu de son habitation ou sa demeure, où elle entend revenir lorsqu'elle en est absente.

(4) Where a person usually sleeps in one place and has his meals or is employed in another place, the place of his ordinary residence is where the person sleeps.

(5) A person can have only one place of ordinary residence and it cannot be lost until another is gained.

Haig deposed that he resided in Ottawa from June 18, 1989 until August 1992 when he moved to Hull, Quebec. Thus he did not qualify to vote in the Quebec referendum because he had not been a resident of that province for the requisite statutory period of six months. It must be remembered that Haig did not seek to challenge the validity of the Quebec legislation. Rather he sought to be enfranchised pursuant to the provisions of the federal Act.

My colleague takes the position that Haig, when he moved to Hull, lost his Ontario residency for voting purposes. With respect, I think the Chief Electoral Officer could well have come to a different conclusion.

At the outset, it must be remembered that originally the right to vote was tied to ownership of property. A person owning property in several ridings could cast a vote in each of them. The provisions pertaining to residency were aimed at preventing "plural voting" by prohibiting property owners from voting in more than one riding. The residency requirement was designed to facilitate the attainment of the principle of one person one vote. It should not be used too readily as a means of depriving a person of any right to vote.

The residential requirement was considered in *In Re Provincial Elections Act* (1903), 10 B.C.R. 114 (S.C. *en banc*). This case was concerned with persons who were temporarily outside the province but who nonetheless wished to be sworn as voters. Walkem J. stated (at pp. 120-21):

It is a rule that franchise Acts should be liberally construed. The object of the Elections Act is to enfranchise and not disfranchise, persons who possess the necessary

(4) Lorsqu'une personne couche habituellement dans un lieu et mange ou travaille dans un autre, le lieu de sa résidence ordinaire est celui où la personne couche.

(5) Une personne ne peut avoir qu'un seul lieu de résidence ordinaire et elle ne peut le perdre que si elle en acquiert un autre.

Monsieur Haig a témoigné qu'il résidait à Ottawa du 18 juin 1989 jusqu'en août 1992, lorsqu'il est déménagé à Hull, au Québec. Il n'avait donc pas qualité d'électeur au référendum du Québec parce qu'il n'y avait pas résidé pendant la période réglementaire prévue de six mois. Je tiens à rappeler que M. Haig n'a pas cherché à contester la validité de la loi québécoise, mais qu'il a plutôt cherché à obtenir qualité d'électeur conformément aux dispositions de la Loi fédérale.

Ma collègue est d'avis que M. Haig, en déménageant à Hull, n'était plus résident de l'Ontario aux fins du vote. Avec égards, je crois que le directeur général des élections aurait bien pu arriver à une conclusion différente.

Au départ, je tiens à signaler que le droit de vote se rattachait initialement à la propriété. Une personne possédant des propriétés dans plusieurs circonscriptions pouvaient voter dans chacune d'elles. L'adoption des dispositions relatives à la résidence avait pour but d'empêcher le «vote plural» en interdisant aux propriétaires de voter dans plus d'une circonscription. L'exigence en matière de résidence visait à assurer le respect du principe «une personne, un vote». Cette exigence ne devrait pas être utilisée trop facilement comme moyen de priver une personne d'un droit de vote.

L'exigence en matière de résidence a été examinée dans la décision *In Re Provincial Elections Act* (1903), 10 B.C.R. 114 (C.S. *en banc*). Dans cette affaire, il s'agissait de personnes qui se trouvaient temporairement à l'extérieur de la province, mais qui désiraient néanmoins être assermentées comme électeurs. Le juge Walkem affirmait, aux pp. 120 et 121:

[TRADUCTION] Il est de règle que les lois relatives au droit de vote devraient être interprétées de façon libérale. L'Elections Act vise à admettre à voter les per-

qualifications for being placed on the Voters' List; and hence the Act should, if possible, be so construed as to forward that object. . . .

This approach had been earlier affirmed by the Ontario Court of Appeal in *Re Voters' List of the Township of Seymour* (1899), 2 Ont. Elec. 69 where, with respect to harvesters, MacLennan J.A. held: "... temporary absence, even of very considerable duration, is not inconsistent with continuous residence, where the franchise is concerned" (pp. 74-75).

This repetition of the principle of enfranchisement coupled with a recollection of the historical object of the residency requirement provides a useful point of commencement for considering the key phrase "ordinarily resident". The *Canada Elections Act* deals specifically with various specific aspects of residency as well as the general rule to be applied in determining a voter's residence. For example, the residence of summer residents is determined by s. 57; that of students and migrant workers in s. 58; those in charitable missions by s. 59 and members of Parliament by s. 60. The general residency rule is expressed under s. 55(2). It provides that the ordinary residence of a voter "shall be determined by reference to all the facts of the case". Subsections 3 and 4 of the same section provide:

(3) The place of ordinary residence of a person is, generally, the place that has always been, or that the person has adopted as, the place of his habitation or home, and to which he intends to return when he is away from it.

(4) Where a person usually sleeps in one place and has his meals or is employed in another place, the place of his ordinary residence is where the person sleeps.

Subsection 3 uses the word "generally" and subs. 4 uses the word "usually". By the use of these words, it can be seen that the framers of the legislation expected that there would be exceptions to the usual residency rule. Human existence itself is transitory. The residence of human beings is even

sonnes qui possèdent les qualités requises pour être inscrites sur la liste électorale et non à les priver du droit de vote; en conséquence, la Loi devrait, dans la mesure du possible, être interprétée de façon à favoriser cet objet

a . . .

Ce point de vue avait déjà été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Voters' List of the Township of Seymour* (1899), 2 Ont. Elec. 69, dans lequel le juge MacLennan avait dit relativement aux moissonneurs: [TRADUCTION] «[. . .] l'absence temporaire, même d'une durée très considérable, n'est pas incompatible avec la résidence continue, en ce qui concerne le droit de vote» (pp. 74 et 75).

c

Il est utile de répéter ce principe du droit de vote et de rappeler l'objet historique de l'exigence en matière de résidence avant d'entreprendre l'examen de l'expression clef «réside ordinairement». La *Loi électorale du Canada* porte spécifiquement sur divers aspects spécifiques du lieu de résidence de même que sur la règle générale à suivre pour déterminer le lieu de résidence d'un électeur. Par exemple, le lieu de résidence des résidents d'été est déterminé par l'art. 57; celui des étudiants et des travailleurs itinérants, par l'art. 58; celui des personnes résidant dans des institutions de charité, par l'art. 59 et celui des députés, par l'art. 60. La règle générale concernant la résidence est formulée au par. 55(2), qui prévoit que la question du lieu de résidence ordinaire d'un électeur «doit être décidée en se référant à toutes les circonstances du cas». Les paragraphes (3) et (4) de cet article prévoient:

g

(3) Le lieu de résidence ordinaire d'une personne est en général l'endroit qui a toujours été, ou qu'elle a adopté comme étant, le lieu de son habitation ou sa demeure, où elle entend revenir lorsqu'elle en est absente.

(4) Lorsqu'une personne couche habituellement dans un lieu et mange ou travaille dans un autre, le lieu de sa résidence ordinaire est celui où la personne couche.

Le paragraphe 3 emploie l'expression «en général» et le par. 4, le terme «habituellement». L'emploi de ces termes indique bien que les auteurs de la loi avaient prévu qu'il y aurait des exceptions à la règle générale de résidence. L'existence humaine elle-même est transitoire. Le lieu de résidence des

more so. It is seldom that a Canadian can now be referred to as "a lifetime resident of such and such a district". Ours is now a highly mobile society whose members will frequently move about the country. This mobility does not mean that the right to vote should be considered any less important than it was in earlier times. Indeed if a modern democracy is to function effectively the right is even more precious than before. Our whole concept of residency must be more flexible than ever before. It follows that the term "ordinarily resident" in an enfranchising statute should be interpreted broadly in the context of today's mobile society and in the light of the vital importance of the right to vote.

The case which in my view demonstrates the proper approach that should be taken to residency as it pertains to the right to vote is *Hipperson v. Newbury District Electoral Registration Officer*, [1985] Q.B. 1060 (C.A.). In that case the English Court of Appeal determined that the nuclear protesters who were camped outside the Greenham Common air base were residents of that district. The court came to this conclusion despite the obviously temporary nature of this town of tents. Sir John Donaldson M.R. found that the issue of the permanence of a settlement was a question of fact and degree. At page 1073 he wrote:

Permanence, like most aspects of residence, is a question of fact and degree. . . . All human affairs have a degree of impermanence, the precise degree being best forecast in the light of experience.

Another example of the flexibility which must be given to the concept of residence is presented by the much older case of *Re Fitzmartin and Village of Newburgh* (1911), 24 O.L.R. 102 (Div. Ct.). Fitzmartin lived on a farm. The farm was located partly in one municipality while the farmhouse was in another. Middleton J. sensibly held (at p. 104):

"Residence" is a word of very elastic meaning. . . . the "residence" required by the statute is not governed by such narrow considerations, but is such a residence

êtres humains l'est davantage. Il est rare que l'on puisse aujourd'hui dire d'un Canadien qu'il réside depuis toujours dans tel ou tel district. Notre société est maintenant très mobile et ses membres déménageront souvent à travers le pays. Cette mobilité ne signifie pas que le droit de vote doit être considéré comme moins important qu'il ne l'était auparavant. En fait, pour qu'une démocratie moderne puisse fonctionner efficacement, le droit de vote revêt encore plus d'importance qu'auparavant. Il s'ensuit que l'expression «réside ordinairement» employée dans une loi habilitant à voter doit recevoir une interprétation large dans le contexte de la société mobile moderne et compte tenu de l'importance essentielle du droit de vote.

À mon avis, l'arrêt *Hipperson c. Newbury District Electoral Registration Officer*, [1985] Q.B. 1060 (C.A.), est celui qui illustre bien la façon d'aborder la question de la résidence par rapport au droit de vote. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Angleterre a établi que les protestataires antinucléaires campés à l'extérieur du périmètre de la base aérienne Greenham Common étaient des résidents de ce district. La cour est arrivée à cette conclusion malgré le caractère de toute évidence temporaire de cette ville de tentes. Le maître des rôles sir John Donaldson a affirmé que la question de la permanence d'une agglomération est une question de fait et de degré. Il écrit à la p. 1073:

[TRADUCTION] La permanence, comme la plupart des aspects de la résidence, est une question de fait et de degré. [. . .] Toute chose humaine possède un degré d'instabilité, et c'est l'expérience qui permet le mieux d'en prévoir le degré précis.

La décision beaucoup plus ancienne *Re Fitzmartin and Village of Newburgh* (1911), 24 O.L.R. 102 (C. div.), offre un autre exemple de la souplesse dont il faut faire preuve dans l'interprétation du concept de résidence. Fitzmartin vivait sur une ferme. L'exploitation agricole était en partie située dans une municipalité, et la maison de ferme, dans une autre. Le juge Middleton a affirmé judicieusement, à la p. 104:

[TRADUCTION] Le terme «résidence» est un mot qui a un sens très souple [. . .] la «résidence» exigée par la loi ne saurait être régie par des considérations étroites de ce

as can be fairly regarded as giving the voter the right to be recognised as a citizen of the municipality in question. [Emphasis added.]

Turning to more recent Canadian cases, *Tenold v. Chapman* (1981), 9 Sask. R. 278 (Q.B.), held that a person who had been living in Ottawa since 1974, first as an M.P. for a Saskatchewan riding and subsequently as a senatorial assistant was, for voting purposes, to be deemed ordinarily resident in Saskatchewan. The court balanced the facts presented. For example, although the applicant rented and maintained a small apartment in Ottawa, had a bank account in that city and obtained and used a province of Ontario health card, his relationship to Saskatchewan was such that he could properly be found to be ordinarily resident in that province.

In the case of *Fells v. Spence*, [1984] N.W.T.R. 123 (S.C.), the term "ordinarily resident" for electoral purposes was again considered. An application was brought to strike Spence as a candidate on the grounds that he did not meet the residency requirements. Spence had moved to the Territory with his family when he was ten years old. However he left to attend university, travel and work. In 1976 he declared himself a resident of Kingston, Ontario, in order to run for mayor. Later he worked as an assistant to a cabinet minister in Ottawa for three years. However he frequently travelled to Yellowknife and stayed with his parents on those occasions. He expressed the intention of returning to live permanently to Yellowknife. He held a territorial driver's licence and health insurance card. In those circumstances it was held that he complied with the residential requirement. Marshall J. appropriately held (at p. 130):

In my view, "ordinarily resident" under the Elections Ordinance of the Northwest Territories ought to be generously interpreted. . . .

genre; il s'agit plutôt de la résidence que l'on peut équitablement considérer comme conférant à l'électeur le droit d'être reconnu comme citoyen de la municipalité en question. [Je souligne.]

J'examinerai maintenant des décisions canadiennes plus récentes; dans *Tenold c. Chapman* (1981), 9 Sask. R. 278 (B.R.), la cour a statué qu'une personne qui vivait à Ottawa depuis 1974, tout d'abord comme député pour une circonscription de la Saskatchewan et ensuite comme adjoint sénatorial, était, aux fins de vote, réputée avoir son lieu de résidence ordinaire en Saskatchewan. La cour a soupesé les faits présentés. Par exemple, bien que le requérant ait loué et gardé un petit appartement à Ottawa, y ait possédé un compte en banque et obtenu et utilisé une carte santé de la province d'Ontario, le lien qu'il avait avec la Saskatchewan était tel que l'on pouvait considérer qu'il y résidait ordinairement.

Dans la décision *Fells c. Spence*, [1984] N.W.T.R. 123 (C.S.), on a de nouveau examiné l'expression «réside ordinairement» aux fins électorales. Une demande avait été présentée pour que Spence retire sa candidature au motif qu'il ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence. Spence avait déménagé dans les Territoires du Nord-Ouest avec sa famille à l'âge de dix ans. Toutefois, il en était parti pour aller à l'université, voyager et travailler. En 1976, il avait déclaré être résident de Kingston (Ontario) afin de pouvoir poser sa candidature comme maire. Il avait ensuite travaillé comme adjoint d'un ministre à Ottawa, pendant trois ans. Toutefois, il se rendait fréquemment à Yellowknife où il demeurait alors avec ses parents. Il a exprimé l'intention de retourner vivre en permanence à Yellowknife. Il possédait un permis de conduire et une carte santé délivrés par les Territoires. Dans ces circonstances, on a statué qu'il satisfaisait à l'exigence en matière de résidence. Le juge Marshall a eu raison d'affirmer, à la p. 130:

[TRADUCTION] À mon avis, l'expression «*ordinarily resident*» dans l'Elections Ordinance des Territoires du Nord-Ouest devrait être interprétée d'une façon libérale

If a man or woman can reasonably, on all the facts, fit within the statute, then let that person run. Democracy wants candidates.

Si l'on peut raisonnablement dire, à partir de tous les faits, qu'une personne satisfait aux exigences de la loi, alors elle peut poser sa candidature. La démocratie veut des candidats.

a

These cases demonstrate the appropriate approach that courts should take to the concept of residence as a requirement of exercising the right to vote.

Ces décisions montrent la méthode que les tribunaux devraient adopter en ce qui concerne le concept de résidence comme condition d'exercice du droit de vote.

b

I note as well that it has been very sagely written that any scheme of enumerating voters should be drawn up with a view to insuring that the right to vote is given to the greatest possible number of eligible voters. T. H. Qualter in *The Election Process in Canada* (1970), at p. 21, observed that an ideal enumeration scheme is one administered so as to maximize eligibility. In Canada, the Chief Electoral Officer has been remarkably successful in this regard. In parliamentary elections approximately 98 percent of the eligible voters are registered and there would appear to be very little if any administrative disenfranchisement (Boyer, *supra*, at p. 426). I can see no reason for departing from this approach and practice under the *Referendum Act*.

Je constate également que l'on a, avec sagesse, écrit que tout système de recensement des électeurs devrait être conçu de façon que le droit de vote soit accordé au plus grand nombre possible de personnes ayant qualité d'électeur. T. H. Qualter fait remarquer dans *The Election Process in Canada* (1970), à la p. 21, que le système idéal de recensement est celui qui est administré de façon à maximiser le nombre d'électeurs. Au Canada, le directeur général des élections a eu un succès remarquable à cet égard. Lors d'élections parlementaires, approximativement 98 pour 100 des électeurs habiles à voter sont inscrits et il paraît y avoir très peu de personnes qui, pour des raisons administratives, sont inhabiles à voter (Boyer, *op. cit.*, à la p. 426). Je ne vois aucune raison d'abandonner cette méthode et cette pratique en vertu de la *Loi référendaire*.

c

d

e

f

g

The very nature of the *Referendum Act* encourages a very broad view of residence. In a parliamentary election, the location of votes can make a substantial difference in the election of a candidate in each riding. That is not true of a federal referendum where the exact location of any ballot is much less important. Further, the argument made in favour of residential requirements as providing an indication that the voter is reasonably acquainted with local issues and candidates is obviously not present in a referendum where all Canadians are called upon to vote on a question that transcends riding boundaries.

La nature même de la *Loi référendaire* favorise une perception très large du concept de résidence. Dans une élection parlementaire, l'endroit où le vote est exprimé peut faire une différence importante relativement à l'élection d'un candidat dans chaque circonscription. Cela n'est pas vrai d'un référendum fédéral pour lequel l'endroit exact du vote exprimé revêt beaucoup moins d'importance. Par ailleurs, à l'appui des exigences en matière de résidence, on soutient qu'elles indiquent si l'électeur connaît raisonnablement les questions et les candidats à l'échelon local; de toute évidence, cet argument ne saurait s'appliquer à un référendum au cours duquel tous les Canadiens doivent voter sur une question qui transcende les limites des circonscriptions.

h

i

j

In my view, it would be wrong to automatically hold that those who had moved to Quebec before the referendum enumeration date could, on that basis alone, be denied the right to vote in a federal polling division outside Quebec. They could still properly exercise this franchise if it could possibly be said that they retained a substantial connection to a polling division within the federal referendum area. They could well be found to be “ordinarily resident” for the purpose of voting depending on the factual evidence placed before electoral officials. It can never be forgotten that the term “ordinarily resident” must be given a broad and liberal interpretation with a view to enfranchising the voter. It would be completely contrary to the objects of the *Canada Elections Act* and our concept of democratic government if rigid rules were applied too quickly and disenfranchised Canadians desirous of voting in a referendum without real justification. The connections of Haig to an Ottawa riding or any other riding within the federal referendum area should have been explored in this case. His move to Hull should not have had the automatic result of depriving him of his right to vote. However, it is impossible to determine the exact policy of the Chief Electoral Officer on this issue. The appellant chose to move directly before the courts without first seeking to be enumerated in a polling division within the federal referendum area where it could well have been found that he retained sufficient ties to enable him to vote.

The *Referendum Act*, through its incorporation of the provisions of the *Canada Elections Act*, provides that once an initial voter’s list is drawn up citizens can then seek to have their names added to it. It is significant that this first list is referred to as “preliminary” (see s. 65(1)). The revision of the list takes place before a “revising officer” acting as a justice of the peace (s. 68 and Sch. IV, rules 42 *et seq.*). At this stage a person may apply to be

À mon avis, il serait erroné de conclure automatiquement que les personnes déménagées au Québec avant la date du recensement référendaire pouvaient, pour ce seul motif, être privées du droit de vote dans une section de vote fédérale à l’extérieur du Québec. Ces personnes pouvaient exercer leur droit de vote si l’on pouvait établir qu’elles avaient conservé un lien important avec une section de vote au sein du territoire référendaire fédéral. On aurait fort bien pu conclure qu’elles résidaient ordinairement dans ce territoire aux fins du vote, selon les faits présentés aux responsables des élections. Il ne faut jamais oublier que l’expression «réside ordinairement» doit être interprétée d’une façon large et libérale dans le but d’habiliter la personne à voter. Ce serait aller carrément à l’encontre de l’objet de la *Loi électorale du Canada* et de notre concept de gouvernement démocratique si des règles rigides étaient appliquées trop rapidement et avaient pour effet de priver du droit de vote, sans véritable justification, des Canadiens désireux de voter à un référendum. En l’espèce, il aurait fallu examiner les liens entre M. Haig et une circonscription d’Ottawa ou toute autre circonscription au sein du territoire référendaire fédéral. Son déménagement à Hull ne devrait pas avoir eu pour effet de priver automatiquement M. Haig de son droit de vote. Toutefois, il est impossible de déterminer quelle est la politique exacte du directeur général des élections sur cette question. L’appelant a choisi de se présenter directement devant les tribunaux sans d’abord chercher à se faire recenser dans une section de vote au sein du territoire référendaire fédéral avec laquelle on aurait pu conclure qu’il avait des liens suffisants pour l’habiliter à voter.

La *Loi référendaire*, qui incorpore par renvoi les dispositions de la *Loi électorale du Canada*, prévoit qu’une fois la liste électorale dressée, les citoyens peuvent demander d’y faire ajouter leur nom. Il est intéressant de constater que cette première liste est dite «préliminaire» (voir le par. 65(1)). La révision de cette liste se déroule devant un «réviseur» agissant à titre de juge de paix (voir l’art. 68 et l’Annexe IV, règles 42 et

included. The appellant did not avail himself of this procedure.

He undoubtedly took this course because of his intention to seek a ruling that would treat all persons who had moved to Quebec within six months of the referendum voting date as a class of voters entitled to enfranchisement. Unfortunately, this makes it impossible for the Court to determine whether, under the requisite flexible test of residency, the appellant was qualified to cast his vote in the federal referendum area. There is simply no evidence upon which a finding could be made that he retained the necessary connection to a federal polling division to enable him to vote. Had the referendum not been held it might have been appropriate to remit the matter to a revising officer for an examination of the facts. This no longer can be done.

Nor should declaratory relief be granted. It is true that often the judicial interpretation of a statute can lead to the granting of a declaratory order by the Court. Nonetheless, declaratory relief is a matter of discretion which should only be exercised in a clear case. The referendum is now long past and in the circumstances presented in this case declaratory relief should not be granted.

Summary

The following principles emerge from a consideration of the right to vote and the interpretation of the statutes providing that right, here the *Canada Elections Act* and the *Referendum Act*.

The right to vote is of fundamental importance to Canadians and to our Canadian democracy.

In the interpretation of all enfranchising statutes the provisions granting the right to vote should be given a broad and liberal interpretation. Every effort should be made to interpret the statute to enfranchise the voter.

suiv.). À cette étape, une personne peut demander de faire ajouter son nom sur la liste. L'appellant ne s'est pas prévalu de cette procédure.

Il ne l'a pas fait sans doute parce qu'il avait l'intention d'obtenir un jugement qui aurait eu pour effet de considérer toutes les personnes déménagées au Québec dans les six mois avant la date du référendum comme une catégorie de citoyens habilités à voter. Malheureusement, il est de ce fait impossible pour notre Cour de déterminer si, selon le critère souple de résidence, l'appelant avait qualité pour voter dans le territoire référendaire fédéral. Il n'existe tout simplement pas d'élément de preuve qui permettrait de conclure que l'appelant a conservé avec une section de vote fédérale le lien nécessaire pour qu'il soit habilité à voter. Si le référendum n'avait pas encore eu lieu, peut-être aurait-il été approprié de renvoyer la question à un réviseur pour qu'il examine les faits. Cela ne peut plus être fait.

Il n'y a pas lieu non plus de rendre un jugement déclaratoire. Il est vrai que souvent l'interprétation judiciaire d'une loi peut entraîner le prononcé d'un jugement déclaratoire par le tribunal. Néanmoins, le jugement déclaratoire est un redressement qui relève du pouvoir discrétionnaire, qui ne devrait être exercé que dans un cas clair. Le référendum est maintenant chose du passé et, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de rendre un jugement déclaratoire.

Sommaire

Les principes suivants se dégagent de l'examen de la question du droit de vote et de l'interprétation des lois conférant ce droit, en l'espèce la *Loi électorale du Canada* et la *Loi référendaire*.

Le droit de vote revêt une importance fondamentale pour les Canadiens et pour la démocratie canadienne.

Toutes les lois conférant un droit de vote doivent recevoir une interprétation large et libérale. Il faut prendre tous les moyens possibles pour interpréter la loi de façon à permettre aux citoyens de voter.

Conversely every effort should be made to limit the scope of provisions which tend to disenfranchise the voter.

The concept of residency must be interpreted broadly in our mobile society. The term must be given a particularly broad and flexible meaning in statutes granting the right to vote. These statutes must be interpreted with the aim of enfranchising as many voters as possible. Further support for this approach can be derived from the historical purpose of enacting residency requirements which was to prohibit land owners from voting in each riding where they owned property. They were not enacted to completely deprive a person of the right to vote.

It follows that the specific term "ordinarily resident" should be interpreted broadly with a view to enfranchising as many voters as possible and to disenfranchising as few as possible.

There is still a further basis for giving the words "ordinarily resident" a very wide meaning in a referendum. Voting on a national question diminishes the strength of any argument that establishing the residence of a voter will give some indication of a voter's knowledge of local issues and candidates. As well, the exact location of each vote is less important than in a riding-by-riding parliamentary election.

A consideration of these principles could very well have led and perhaps should have led to his enfranchisement had Haig applied to be added to the list of voters in his former riding. Unfortunately, he did not seek to make such an application and it is impossible to determine on the facts presented if there was a sufficient connection to a riding to warrant his addition to the voter's list.

This is not a proper situation in which to grant declaratory relief.

De même, il faut veiller à restreindre la portée des dispositions qui tendent à priver une personne du droit de vote.

Compte tenu de la mobilité de la société, il faut donner une interprétation large au concept de la résidence. Ce terme doit recevoir une interprétation particulièrement large et souple dans les lois conférant le droit de vote. Ces lois doivent être interprétées dans le but d'habiliter à voter le plus grand nombre de personnes possible. Cette démarche trouve également un appui dans l'objet historique de l'adoption des exigences en matière de résidence, qui était d'empêcher les propriétaires terriens de voter dans toutes les circonscriptions dans lesquelles ils possédaient des biens-fonds. Ces exigences ne visaient pas à priver complètement une personne du droit de vote.

Il s'ensuit que l'on devrait donner une interprétation large à l'expression «réside ordinairement» de façon à habiliter à voter le plus grand nombre de personnes possible et à en priver le moins grand nombre possible.

Il y a une autre raison pour laquelle l'expression «réside ordinairement» doit recevoir une interprétation très large dans un référendum. Le fait de voter sur une question nationale enlève du poids à l'argument selon lequel l'exigence en matière de résidence d'un électeur donne une certaine indication de la connaissance qu'il a des questions et des candidats à l'échelon local. Par ailleurs, l'endroit exact où le vote est exprimé est moins important que dans une élection parlementaire, circonscription par circonscription.

L'examen de ces principes aurait fort bien pu et aurait peut-être dû entraîner l'habilitation à voter pour M. Haig s'il avait demandé que son nom soit ajouté à la liste des électeurs dans son ancienne circonscription. Malheureusement, il ne l'a pas fait et il est impossible de déterminer à partir des faits présentés s'il avait un lien suffisant avec une circonscription pour justifier l'ajout de son nom à la liste électorale.

Ce n'est pas un cas où il est opportun de rendre un jugement déclaratoire.

Disposition

On the evidence presented, I find that I must come to the same result as Justice L'Heureux-Dubé but for different reasons. I would therefore dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the manner suggested by my colleague.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I have had the benefit of reading the reasons of L'Heureux-Dubé J., Cory J. and Iacobucci J. While I am in general agreement with L'Heureux-Dubé J.'s disposition of this appeal, I wish to add the following comments.

I agree with Iacobucci J. that the debates of the House of Commons evince an intent that the referendum include all eligible Canadian voters. The problem, as I see it, is that the proclamation which resulted did not provide for a referendum including all Canadian voters. It provided a referendum for nine provinces and two territories, excluding Quebec. The province of Quebec was already committed to a provincial referendum on the same day, posing the same question. Doubtless it would have seemed overzealous, for lack of a better word, for Parliament to overlap the federal referendum with the previously set Quebec referendum.

The appellants' case is that it is the legislative acts of Parliament which violated their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, it is to the acts of Parliament and not to the expressed intention of its members that we must look. The act impugned is the act of providing for a referendum in areas of Canada other than Quebec, without providing a means for persons recently resident in Quebec to vote in their referendum. It is not contrary to the *Charter* that Parliament should decide to hold a referendum in only some areas of Canada. Having chosen to do so, it is not contrary to the *Charter* that voters outside

Dispositif

À partir de la preuve présentée, j'en arrive à la même conclusion que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, mais pour des motifs différents. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par ma collègue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai pris connaissance des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci. Même si je suis généralement d'accord avec la façon dont le juge L'Heureux-Dubé tranche le présent pourvoi, je tiens à ajouter les commentaires suivants.

Je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que les débats de la Chambre des communes révèlent l'intention que l'ensemble des Canadiens ayant qualité d'électeur puissent participer au référendum. Le problème, à mon avis, c'est que la proclamation qui s'est ensuivie ne prévoyait pas la tenue d'un référendum s'adressant à l'ensemble du corps électoral canadien. Elle prévoyait la tenue d'un référendum dans neuf provinces et deux territoires, à l'exception du Québec. La province de Québec était déjà engagée dans un référendum provincial, tenu le même jour et posant la même question. Il ne fait aucun doute que le Parlement aurait semblé commettre un «excès de zèle», à défaut d'une meilleure expression, s'il avait fait chevaucher le référendum fédéral et le référendum déjà organisé au Québec.

Les appelants font valoir que ce sont les lois du Parlement qui ont violé les droits que leur reconnaît la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, ce sont les lois du Parlement que nous devons examiner et non pas l'intention exprimée par les députés qui y siègent. La loi contestée est celle qui prévoit la tenue d'un référendum dans les régions du Canada autres que le Québec, sans donner aux personnes qui résident depuis peu au Québec le moyen de voter à leur propre référendum. Il n'est pas contraire à la *Charte* que le Parlement décide de tenir un référendum dans certaines régions du Canada seulement. Le cas échéant, il

those areas be excluded. So the legal breach is not made out.

In order to carry through its expressed intention of holding a national referendum, Parliament should have made provision for persons such as Mr. Haig who, although Quebec residents, were ineligible to vote in Quebec because they had recently moved there. While, as discussed by L'Heureux-Dubé J., an enumeration of all such persons might have been difficult and costly, alternatives such as advertisements requesting such persons to step forward might have been attempted. But Parliament made no such provision. Instead it confined the right to vote in the federal referendum to the residents of provinces and territories other than Quebec, and failed to provide for the registration in its referendum of recently arrived Quebec residents. Had the law, as opposed to the speeches in Parliament, enacted a truly national referendum, then I would agree with Iacobucci J. that the result here violated the appellants' freedom of expression. The problem is that the law did not do this. Even with a broad and liberal reading of residency requirements aimed at enfranchising as many Canadians as possible "in every situation where that result could be attained without infringing the law" (*per* Cory J., at p. 1050), there was simply no legal basis upon which the Chief Electoral Officer could have registered Mr. Haig, a Quebec resident, in a referendum which by its terms excluded Quebec.

In the result, while I see much force in the contentions of my colleagues Iacobucci J. and Cory J., I would dismiss the appeal for essentially the reasons given by L'Heureux-Dubé J.

n'est pas contraire à la *Charte* que les électeurs qui se trouvent à l'extérieur de ces régions soient exclus. Le manquement à la loi n'est donc pas démontré.

a

Afin de mener à terme son intention exprimée de tenir un référendum national, le Parlement aurait dû formuler des dispositions applicables aux personnes comme M. Haig qui, bien que résidant au Québec, n'étaient pas habiles à voter dans cette province parce qu'elles y avaient déménagé récemment. Bien que, comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé, le recensement de toutes ces personnes aurait pu se révéler difficile et coûteux, on aurait pu tenter de recourir à d'autres solutions, comme des annonces publicitaires invitant les personnes dans ladite situation à se manifester. Or, le Parlement n'a formulé aucune disposition semblable. Au contraire, il a limité le droit de voter, lors du référendum fédéral, aux résidents des provinces et territoires autres que le Québec et a omis de prévoir l'inscription, aux fins de son référendum, des résidents établis depuis peu au Québec. Si la loi, par opposition aux allocutions prononcées au Parlement, avait prévu la tenue d'un référendum véritablement national, j'aurais alors été d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que le résultat auquel on en est arrivé en l'espèce viole la liberté d'expression des appelants. Le problème, c'est que la loi ne l'a pas fait. Même si on interprète de façon large et libérale les exigences en matière de résidence qui visaient à accorder le droit de vote au plus grand nombre de Canadiens possible «dans tous les cas où cela était possible sans contrevenir à la loi» (le juge Cory, à la p. 1050), il n'y avait tout simplement pas de fondement légal qui aurait permis au directeur général des élections d'inscrire M. Haig, résident du Québec, à un référendum qui, de par ses termes, excluait le Québec.

i

En définitive, bien que je voie beaucoup de force dans les assertions de mes collègues les juges Iacobucci et Cory, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour essentiellement les mêmes motifs que ceux exposés par le juge L'Heureux-Dubé.

The following are the reasons delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting)—I have read the reasons of my colleagues, L'Heureux-Dubé J. and Cory J., and find myself in respectful disagreement with them, although my colleagues make many points with which I fully agree. My principal disagreement is that, in my view, the appellant's rights under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated by the effect of the *Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30 ("Referendum Act"), and such violation cannot, in the absence of evidence on the point, be saved under s. 1 of the *Charter*. In the result, I would allow the appeal.

In a technical or formal sense, it is correct to observe, as L'Heureux-Dubé J. does, that two referenda were held in the circumstances of this case: one by the province of Quebec and one by the federal government in the rest of Canada. Moreover, both British Columbia and Alberta require, under their legislation, that referenda be held in their respective provinces prior to the authorization of amendments to the Constitution of Canada. See the *Referendum Act*, S.B.C. 1990, c. 68, and the *Constitutional Amendment Approval Act*, S.B.C. 1991, c. 2; and the *Constitutional Referendum Act*, S.A. 1992, c. C-22.25 (as amended by S.A. 1992, c. 36). It appears that the federal referendum was to serve the purpose of a provincial referendum in those provinces. See the *Constitutional Referendum Amendment Act, 1992*, S.A. 1992, c. 36, s. 2. Technically, therefore, there were some four referenda being conducted: the federal referendum in nine provinces and two territories, the Quebec referendum, the federal referendum as applied to British Columbia, and the federal referendum as applied to Alberta.

In my opinion, focusing on the technicalities of separate referenda obscures the national character of the referendum. I agree with Décary J.A. that the reality was that Parliament intended the country to have a national referendum which would be conducted by the holding of a federal referendum

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident)—Après avoir pris connaissance de leurs motifs, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Cory, même si je souscris entièrement à nombre de leurs remarques. Le principal point sur lequel je suis en désaccord réside dans le fait qu'à mon avis les droits garantis à l'appelant par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés en raison de l'effet de la *Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30 («*Loi référendaire*»), et cette violation ne saurait, en l'absence de preuve sur ce point, être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

D'un point de vue technique ou formel, il est juste de faire observer, à l'instar du juge L'Heureux-Dubé, que deux référendums ont été tenus dans les circonstances de la présente affaire: l'un par la province de Québec, l'autre par le gouvernement fédéral dans le reste du Canada. En outre, tant la Colombie-Britannique que l'Alberta exigent, en vertu de leur législation respective, que des référendums soient tenus dans chacune de ces provinces avant d'autoriser des modifications de la Constitution du Canada. Voir la *Referendum Act*, S.B.C. 1990, ch. 68, et la *Constitutional Amendment Approval Act*, S.B.C. 1991, ch. 2, ainsi que la *Constitutional Referendum Act*, S.A. 1992, ch. C-22.25 (modifiée par S.A. 1992, ch. 36). Il appert que le référendum fédéral devait faire office de référendum provincial dans ces provinces. Voir la *Constitutional Referendum Amendment Act, 1992*, S.A. 1992, ch. 36, art. 2. Donc, techniquement, quelque quatre référendums devaient avoir lieu: le référendum fédéral dans neuf provinces et deux territoires, le référendum québécois, le référendum fédéral appliqué à la Colombie-Britannique et le référendum fédéral appliqué à l'Alberta.

À mon avis, mettre l'accent sur les formalités de référendums distincts masque le caractère national du référendum. Je suis d'accord avec le juge Décary de la Cour d'appel pour dire qu'en réalité le Parlement voulait pour le pays un référendum national qui prendrait la forme d'un référendum

in conjunction with one or more provincial referenda, and in which the federal referendum could be treated as a provincial referendum in certain provinces, as apparently was the case in British Columbia and Alberta.

That a national referendum involving all Canadians was intended is shown by the statement of Mr. Jim Edwards, then Parliamentary Secretary to the Minister of State and Leader of the Government in the House of Commons, speaking on the second reading of Bill C-81 (the *Referendum Act* (Canada)):

We would consult all Canadians in a national referendum. This referendum would be fair and give everyone an opportunity to express their opinion. It would be the culmination of the most extensive consultation exercise ever undertaken by a Canadian government.

(*House of Commons Debates*, vol. 132, No. 144, 3rd sess., 34th Parl., May 19, 1992, at p. 10889.)

In addition, then Prime Minister, the Right Honourable Brian Mulroney, P.C., in moving receipt of the *Consensus Report on the Constitution*, Charlottetown, August 28, 1992, stated:

This constitutional package provides a framework within which we are able to move ahead as a united nation, diverse and different it is true, yet one nation. And now the referendum ensures that every person of voting age in Canada will have an opportunity to express his or her preference.

(*House of Commons Debates*, vol. 132, No. 165, 3rd sess., 34th Parl., September 8, 1992, at p. 12732.)

It is also interesting to note that the Honourable Marcel Danis, then Minister of Labour, in describing the referendum emphasized the importance of adopting a process that was fair, democratic and consonant with the *Charter*:

The government's purpose in tabling this bill is also to ensure that the rules of the game for any consultation that takes place will be fair, open and transparent, in

fédéral tenu conjointement avec un ou plusieurs référendums provinciaux, et dans lequel le référendum fédéral pourrait être considéré comme un référendum provincial dans certaines provinces, comme ce semble avoir été le cas en Colombie-Britannique et en Alberta.

La déclaration qu'a faite M. Jim Edwards, alors secrétaire parlementaire du ministre d'État et chef du gouvernement à la Chambre des communes, lors de la deuxième lecture du projet de loi C-81 (la *Loi référendaire* (Canada)), montre que l'on voulait tenir un référendum national s'adressant à tous les Canadiens:

Nous consulterions tous les Canadiens et Canadiennes par le biais d'un référendum national. Ce référendum serait juste, permettant à tous de faire entendre leur point de vue. Il représenterait le point culminant des efforts de consultation les plus complets jamais entrepris par un gouvernement canadien.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, n° 144, 3^e sess., 34^e lég., le 19 mai 1992, à la p. 10889.)

En outre, le premier ministre, le très honorable Brian Mulroney, c.p., en accusant réception du *Rapport du consensus sur la Constitution*, Charlottetown, le 28 août 1992, déclarait:

Les propositions constitutionnelles offrent un cadre qui nous permettra de poursuivre notre chemin dans l'unité comme pays diversifié mais par-dessus tout, solidaire. Et maintenant, le référendum fournit à tout citoyen en âge de voter l'occasion d'exprimer sa préférence.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, n° 165, 3^e sess., 34^e lég., le 8 septembre 1992, à la p. 12732.)

Il est également intéressant de noter que l'honorable Marcel Danis, alors ministre du Travail, a insisté, en décrivant le référendum, sur l'importance d'adopter un processus qui soit juste, démocratique et en accord avec la *Charte*:

En proposant ce projet de loi, monsieur le Président, le gouvernement s'assure également que les règles du jeu d'une éventuelle consultation seront claires, justes,

accordance with our democratic traditions and the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

What are those rules, Mr. Speaker? Basically, they would be the same as for a general election. The referendum would be supervised by the Chief Electoral Officer and be subject to the provisions of the Canada Elections Act, already a guarantee of a fair process. Furthermore, the "yes" and "no" sides would have equal access to free air time, as determined by the arbitrator. The CRTC would also supervise the purchase of air time on radio and television networks for advertising purposes.

However, there are some differences because of the very nature of this kind of consultation and the implications of the Charter. First of all, the bill does not make so-called umbrella committees mandatory. Any obligation to take part in the referendum campaign under the aegis of such committees would be contrary to the Charter of Rights, according to the legal opinions we have received so far. In fact, such an obligation would not only be likely to violate freedom of expression, it would also force groups that may be for or against the question for entirely different reasons to operate under the same umbrella.

(*House of Commons Debates*, vol. 132, No. 144, 3rd sess., 34th Parl., May 19, 1992, at p. 10854.)

I would therefore conclude that the federal referendum contemplated by the *Referendum Act* was aimed at all Canadians entitled to vote in a federal election.

The majority of the Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 611, was of the view that, when the appellant Haig moved from Ottawa to Hull, he exempted himself from the scope of the *Referendum Act* by virtue of being a non-resident of every province and territory to which the *Referendum Act* applied. Therefore, Haig could not challenge the *Referendum Act* because it did not apply to him. Consequently, the only legislation that Haig could attack was the Quebec legislation which lies outside the jurisdiction of the Federal Court of Canada.

conformes à nos traditions démocratiques ainsi qu'à la Charte canadienne des droits et libertés.

Quelles sont les règles du jeu, monsieur le Président? Essentiellement, elles seraient les mêmes que lors d'une consultation électorale. Et d'ailleurs, le référendum serait supervisé par le directeur général des élections et soumis à la Loi électorale canadienne, ce qui est déjà une assurance quant à l'équité qui marquerait son déroulement. Par ailleurs, les tenants du «oui» et du «non» auraient un accès égal à du temps d'antenne gratuit, tel que déterminé par l'arbitre. C'est également le CRTC qui régirait l'achat du temps d'antenne aux réseaux de radio et de télévision pour la diffusion de messages.

Toutefois, il y a aussi certaines différences qui tiennent à la nature d'une telle consultation ainsi qu'aux exigences de la Charte. D'abord, le projet de loi ne soumet pas le référendum à la formation de ce qu'on appelle «les comités-parapluies». L'obligation de participer au débat à l'intérieur de tels comités serait contraire à la Charte des droits selon les avis légaux dont nous disposons présentement. En effet, non seulement s'agirait-il d'une démarche susceptible de brimer la liberté d'expression, mais en plus, elle forcerait à se regrouper sous une même direction des groupes qui adhèrent ou s'opposent à la question posée pour des raisons tout à fait différentes.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, n° 144, 3^e sess., 34^e lég., le 19 mai 1992, à la p. 10854.)

Je conclus donc que le référendum fédéral prévu par la *Loi référendaire* s'adressait à tous les Canadiens ayant le droit de voter lors d'une élection fédérale.

La Cour d'appel fédérale à la majorité, [1992] 3 C.F. 611, a estimé que, lorsqu'il a déménagé d'Ottawa à Hull, l'appellant Haig s'est soustrait à l'application de la *Loi référendaire* du fait qu'il ne résidait pas dans une province ou un territoire auxquels cette loi s'appliquait. Haig ne pouvait donc pas contester la *Loi référendaire* puisqu'elle ne s'appliquait pas à lui. En conséquence, le seul texte législatif que Haig pouvait attaquer était la loi québécoise, laquelle ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale du Canada.

The trouble with this approach is that it ignores the very purpose of the *Referendum Act* as stated above: to permit those Canadians entitled to vote in a federal election to accept or reject the Charlottetown Accord. The *Referendum Act* sought to coordinate a national referendum with the Quebec referendum, for which the underlying legislation had already been enacted. The aim of the *Referendum Act* was to include all Canadian citizens. If as a result of the requirements of the Quebec legislation, someone in the position of the appellant Haig was left out of the process he could, for the sake of argument, have launched a claim against two possible defendants: the province of Quebec and the federal government. I say no more about whatever rights he may have had against the province of Quebec because they are irrelevant to this appeal.

I agree with the appellant's submission that the federal legislation was aimed at a national referendum; to accomplish that end, it was coordinated with the Quebec referendum. As my colleague L'Heureux-Dubé J. observes, the appellant unfortunately fell between the legislative cracks and was neither able to participate in the national referendum directly, nor was he able to participate indirectly through the Quebec referendum.

The question which then arises is whether his inability to participate in the referendum process amounts to a violation of his rights under the *Charter*, and it is to that question I now turn.

I agree with the view that the federal government is not legally obligated to hold referenda, nor is it legally bound by the results of any referenda it conducts. However, if the government chooses to conduct a referendum, it must do so in compliance with the *Charter*. The *Referendum Act* provided a legislative framework to allow Canadian citizens to express their political opinions. The referendum was an important expressive activity relating to constitutional change in this country.

Le problème avec ce point de vue, c'est qu'il ignore l'objet même de la *Loi référendaire* tel qu'il a été énoncé ci-dessus, à savoir: permettre aux Canadiens ayant le droit de voter lors d'une élection fédérale d'accepter ou de rejeter l'Accord de Charlottetown. La *Loi référendaire* cherchait à coordonner un référendum national avec le référendum québécois dont la loi sous-jacente avait déjà été adoptée. Le but de la *Loi référendaire* était de viser tous les citoyens canadiens. Si, en raison des exigences de la loi québécoise, quelqu'un dans la situation de Haig avait été écarté du processus, il aurait pu, par exemple, porter plainte contre deux défendeurs possibles: la province de Québec et le gouvernement fédéral. Je n'ajoute rien au sujet des droits qu'il aurait pu opposer à la province de Québec puisque ces droits ne sont pas pertinents en l'espèce.

Je suis d'accord avec l'argument de l'appelant selon lequel la loi fédérale visait la tenue d'un référendum national; à cette fin, elle était coordonnée avec le référendum québécois. Comme le fait remarquer mon collègue le juge L'Heureux-Dubé, l'appelant, qui s'est malheureusement trouvé entre deux chaises sur le plan législatif, n'a pu participer au référendum national ni de façon directe ni de façon indirecte par le biais du référendum québécois.

La question qui se pose alors est de savoir si cette incapacité de participer au processus référendaire équivaut à une violation des droits que lui reconnaît la *Charte*, et c'est à cette question que je vais essayer de répondre maintenant.

Je souscris au point de vue voulant que le gouvernement fédéral ne soit pas légalement obligé de tenir des référendums et qu'il ne soit pas lié non plus par les résultats des référendums qu'il tient. Toutefois, si le gouvernement choisit de tenir un référendum, il doit le faire en conformité avec la *Charte*. La *Loi référendaire* prévoyait un cadre législatif devant permettre aux citoyens canadiens d'exprimer leurs opinions politiques. Le référendum a été une importante activité d'expression relative aux changements constitutionnels dans notre pays.

The importance of the expressive activity in question was clearly evidenced by the statement of the Right Honourable Joe Clark, P.C., in moving the constitutional question to be put to Canadians in the referendum:

Three major steps remain. The first is to invite the judgement of the Canadian people in a national referendum on October 26. If Canadians vote yes, Parliament and legislatures would then act immediately to debate and, I expect, adopt the specific resolutions. Then we would seek the unanimous agreement of the provinces to shorten the period of final ratification, in a way that could have these major constitutional changes approved and ratified and effective in law within a matter of months. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 132, No. 166A, 3rd sess., 34th Parl., September 9, 1992, at p. 12786.)

Although Parliament was under no legal obligation to follow the results of the referendum, apparently a political obligation to do so had been assumed. Despite the absence of such a legal obligation, nevertheless, the referendum was exceedingly important expressive activity that is worthy of *Charter* protection, as was acknowledged by Minister Danis in his comments quoted above.

The right to express opinions in social and political decision-making clearly attracts the protection of s. 2(b) (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, and *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976). In *Native Women's Assn. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192, Mahoney J.A. succinctly stated: "[c]ommunicating one's constitutional views to the public and to governments is unquestionably an expressive activity protected by paragraph 2(b)" (p. 211). I would agree. Casting a referendum ballot is an important form of expression which is worthy of constitutional protection. In my view, the appellant Haig's right to express his political views by participating in the referendum was guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. He

L'importance de cette activité d'expression ressort clairement de la déclaration faite par le très honorable Joe Clark, c.p., lorsqu'il a proposé que la question constitutionnelle soit soumise aux Canadiens par référendum:

Il reste trois grandes étapes à franchir. Premièrement, il faut inviter le peuple canadien à se prononcer lors d'un référendum national le 26 octobre prochain. Si la réponse des Canadiens est «oui», le Parlement et les assemblées entameront leurs propres débats et, je le crois bien, adopteront les résolutions précises. Après cela, nous solliciterons l'accord unanime des provinces afin de raccourcir le délai menant à la ratification définitive, de sorte qu'il soit possible d'adopter, de ratifier et de donner force de loi aux principales réformes constitutionnelles dans quelques mois. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, n° 166A, 3^e sess., 34^e lég., le 9 septembre 1992, à la p. 12786.)

Même si le Parlement n'avait aucune obligation légale de suivre les résultats du référendum, il semble qu'une obligation politique de le faire avait été assumée. En dépit de l'absence d'une telle obligation légale, le référendum constituait néanmoins une activité d'expression extrêmement importante qui méritait la protection de la *Charte*, comme l'a reconnu le ministre Danis dans les commentaires précités.

L'alinéa 2b) protège clairement le droit d'exprimer des opinions lors de la prise de décisions d'intérêt social et politique (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, et *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 976.) Dans *Native Women's Assn. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192, à la p. 211, le juge Mahoney affirme brièvement: «[f]aire connaître ses opinions en matière constitutionnelle au public et aux gouvernements est incontestablement une activité relevant de l'expression, protégée à l'alinéa 2b)». Je suis de cet avis. Voter à l'occasion d'un référendum est une forme importante d'expression digne de la protection constitutionnelle. À mon avis, le droit de l'appelant Haig d'exprimer ses opinions politiques en participant au référendum était garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. Il s'est vu privé de ce droit de partici-

was denied the right to participate and thus his s. 2(b) rights were violated.

Although the appellant Haig was free to express his views as he wished on the Charlottetown Accord prior to the vote, he was denied the ability to participate in the most important expressive activity, that of voting in the referendum. While the purpose of the *Referendum Act* was to include all voters, the effect was to deprive those residents of Quebec who were ordinarily resident in another province in the six-month period prior to the referendum of the ability to participate in expressive activity which is clearly protected under the *Charter*.

As the respondent Attorney General of Canada did not introduce any evidence on s. 1, the violation of the appellant's s. 2(b) rights has not been justified under s. 1.

Under the circumstances, as the referendum has already taken place, any remedy is more theoretical than real. However, like Décary J.A., I would have sought to expand the definition of "elector" in s. 3(1) of the *Referendum Act*. Relying on s. 7(3) of the *Referendum Act*, which states that the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, may be adapted "in such manner as the Chief Electoral Officer considers necessary for the purposes of applying that Act in respect of a referendum", the Chief Electoral Officer could have used s. 9(1) of the *Canada Elections Act* to permit the appellant Haig to vote as Décary J.A. outlined. Hopefully, the *Canada Elections Act* or the *Referendum Act* provisions will be clarified if Parliament decides to hold a referendum in the future.

In sum, I would allow the appeal with costs here and in the courts below, set aside the order of the Federal Court of Appeal, and substitute therefor an order declaring that the appellant was entitled to vote in the October 26, 1992 federal referendum as outlined by Décary J.A. in the court below.

per et il y a donc eu violation des droits que lui garantit l'al. 2b).

Bien que l'appellant Haig fût libre d'exprimer ses opinions à sa guise sur l'Accord de Charlottetown avant le vote, on lui a refusé la possibilité de participer à l'activité d'expression la plus importante, soit celle de voter au référendum. Bien que l'objet de la *Loi référendaire* soit d'inclure tous les électeurs, elle a eu pour effet de priver les résidents du Québec, qui résidaient ordinairement dans une autre province durant les six mois ayant précédé le référendum, de la possibilité de participer à une activité d'expression nettement protégée par la *Charte*.

Comme l'intimé le procureur général du Canada n'a présenté aucune preuve quant à l'article premier, la violation des droits garantis à l'appellant par l'al. 2b) n'a pas été justifiée au sens de cet article.

Dans ces circonstances, comme le référendum a déjà eu lieu, toute réparation est plus théorique que réelle. Toutefois, à l'instar du juge Décary, j'aurais cherché à élargir la définition de l'expression «corps électoral» qui figure au par. 3(1) de la *Loi référendaire*. En s'appuyant sur le par. 7(3) de la *Loi référendaire*, qui précise que la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, peut être adaptée «de la façon [que le directeur général des élections] estime nécessaire à son application au référendum», ce dernier aurait pu, comme l'a souligné le juge Décary, utiliser le par. 9(1) de la *Loi électorale du Canada* pour permettre à l'appellant Haig de voter. Il est à souhaiter que les dispositions de la *Loi électorale du Canada* ou de la *Loi référendaire* seront clarifiées si le Parlement décide de tenir un référendum à l'avenir.

Somme toute, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale et d'y substituer une ordonnance déclarant que l'appellant avait le droit de voter lors du référendum fédéral du 26 octobre 1992, comme l'a souligné le juge Décary en Cour d'appel fédérale.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and IACOBUCCI J. dissenting.

Solicitor for the appellants: Philippa Lawson, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Chief Electoral Officer: Fraser & Beatty, Ottawa; Jacques Girard, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et le juge IACOBUCCI sont dissidents.

*Procureur des appelants: Philippa Lawson,
a Ottawa.*

Procureurs de l'intimé le directeur général des élections: Fraser & Beatty, Ottawa; Jacques Girard, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Lorna Stoddard *Appellant*

v.

**Wanda Watson and Tilden
Rent-a-Car** *Respondents*

and

**Sharon-Leigh Murphy (also known as
Sharon Murphy) and Jamie Murphy by his
Litigation Guardian, Sharon-Leigh Murphy**

and

**Frederick Welsh (also known as Fred
Welsh)**

and

**Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur and
Delibato** *Interveners*

INDEXED AS: MURPHY v. WELSH; STODDARD v. WATSON

File No.: 22601.

1993: May 31; 1993: September 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Practice — Limitation periods — Legal disability — Traffic accidents — Accidents giving rise to actions occurring when plaintiffs still minors — Action commenced while plaintiff still a minor or within time after reaching majority — Extension of time granted because of special circumstances to permit bringing of action by parent of minor — Whether the limitation period is to commence from the date a minor comes of age or disability ceases or whether from the date of the accident — Whether s. 47 of the Limitations Act applicable to the limitation period prescribed in s. 180 of the Highway Traffic Act — Whether court has discretion to grant relief from the consequences of a limitation period in “special circumstances” — Highway Traffic Act, R.S.O.

Lorna Stoddard *Appelante*

c.

^a **Wanda Watson et Tilden
Rent-a-Car** *Intimées*

et

^b **Sharon-Leigh Murphy (également connue
sous le nom de Sharon Murphy) et Jamie
Murphy, par sa tutrice à l'instance Sharon-
Leigh Murphy**

et

^d **Frederick Welsh (également connu sous le
nom de Fred Welsh)**

et

^e **Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur et
Delibato** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MURPHY c. WELSH; STODDARD c.
WATSON

^f N° du greffe: 22601.

1993: 31 mai; 1993: 2 septembre.

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

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

Pratique — Délais de prescription — Incapacité juridique — Accidents de la circulation — Accidents donnant ouverture à des actions survenus lorsque les parties demandereses étaient encore mineures — Action intentée dans les délais alors que la partie demanderesse était encore mineure ou après qu'elle eut atteint l'âge de la majorité — Prorogation de délai accordée, en raison de circonstances spéciales, pour permettre à un parent du mineur d'intenter une action — Le délai de prescription commence-t-il à courir à compter de la date à laquelle la personne atteint l'âge de la majorité ou cesse d'être incapable, ou à compter de la date de l'accident? — L'article 47 de la Loi sur la prescription des actions s'applique-t-il au délai de prescription éta-

1980, c. 198, s. 180(1), (2), (3) — *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45, 47 — *Rules of Civil Procedure*, Rule 3.02.

Ontario's limitation scheme is divided between the *Limitations Act* and various other statutes. Generally, s. 45 of the *Limitations Act* sets a six-year limitation period for negligence actions, unless a shorter period is prescribed elsewhere. Under the *Highway Traffic Act*, s. 180(1) reduces the limitation period to two years. However, s. 47 of the *Limitations Act* postpones the running of a limitation period while a plaintiff is under a legal disability. The central issue in the present cases is whether s. 47 postpones the s. 180(1) limitation period.

Appellant Stoddard was 17 when injured in a motor vehicle accident. The action to recover for her injuries was commenced more than two years from the date of the accident but within two years of her attaining majority. Watson and Tilden Rent-a-Car alleged no prejudice other than the limitation bar. The trial judge found Stoddard had brought her action in time.

In *Murphy v. Welsh* (S.C.C., File No. 22542), appellants Sharon Murphy, and her son Jamie, who was eight at the time, were injured in a motor vehicle accident in June 1984. Their first lawyer notified the respondent Welsh of the claim in September 1984. The intervening law firm took over the file in April 1986, misplaced it and finally issued the statement of claim on July 11, 1986, more than two years from the date of the accident but while Jamie was still an infant. The statement of claim named both Sharon Murphy and Jamie Murphy as plaintiffs, and included a derivative action by Jamie Murphy under the *Family Law Act*. An application to extend retroactively the time for commencing the action was brought in October 1986. The Ontario District Court granted the extension without reasons and the Supreme Court of Ontario, on appeal, found that Jamie Murphy's claim was not barred by s. 180(1) and went on to find that there were "special circumstances" that would allow an amendment to add Sharon Murphy as a party in Jamie Murphy's action. The law firm inter-

bli à l'art. 180 du Code de la route? — La cour a-t-elle le pouvoir discrétionnaire de remédier aux conséquences d'un délai de prescription dans des «circonstances spéciales»? — Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 180(1), (2), (3) — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45, 47 — Règles de procédure civile, art. 3.02.

Le régime de l'Ontario en matière de prescription est établi par la *Loi sur la prescription des actions* et diverses autres lois. D'une manière générale, l'art. 45 de la *Loi sur la prescription des actions* établit un délai de prescription de six ans pour les actions fondées sur la négligence, à moins qu'un délai plus court ne soit prévu ailleurs. Le paragraphe 180(1) du *Code de la route* réduit à deux ans le délai de prescription. Toutefois, l'art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions* reporte le moment où le délai de prescription commence à courir, lorsque la partie demanderesse est frappée d'une incapacité juridique. La principale question soulevée, dans les présents pourvois, est de savoir si l'art. 47 reporte le moment où commence à courir le délai de prescription établi au par. 180(1).

L'appelante Stoddard était âgée de 17 ans au moment où elle a subi des blessures lors d'un accident d'automobile. Le recours en dommages-intérêts pour les blessures qu'elle a subies a été intenté plus de deux ans après la date de l'accident, mais moins de deux ans avant qu'elle n'atteigne l'âge de la majorité. Watson et Tilden Rent-a-Car n'ont invoqué d'autre préjudice que la prescription de l'action. Le juge du procès a conclu que Stoddard avait intenté son action dans les délais.

Dans l'affaire *Murphy c. Welsh* (C.S.C., n° du greffe 22542), les appelants Sharon Murphy et son fils Jamie, qui était âgé de huit ans à l'époque, ont subi des blessures lors d'un accident d'automobile en juin 1984. Leur premier avocat a avisé l'intimé Welsh de l'action en septembre 1984. Le cabinet d'avocats intervenant a pris en charge le dossier en avril 1986 et l'a égaré, pour finalement déposer la déclaration le 11 juillet 1986, plus de deux ans après la date de l'accident, mais alors que Jamie était toujours mineur. La déclaration désignait Sharon Murphy et Jamie Murphy à titre de parties demanderesse et comportait une action oblique intentée par Jamie Murphy aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*. Une demande de prorogation rétroactive du délai imparti pour intenter l'action a été présentée en octobre 1986. La Cour de district de l'Ontario a fait droit à la demande de prorogation sans donner de motifs et, à la suite d'un appel, la Cour suprême de l'Ontario a conclu que l'action de Jamie Murphy n'était pas prescrite en vertu du par. 180(1) et qu'il y avait des «cir-

vened when the matter came before the Ontario Court of Appeal.

The Court of Appeal in both actions held that s. 180(1) excluded s. 47 and held that the actions, including the derivative action, were not within time.

Murphy v. Welsh was adjourned in order to deal with the constitutional question properly. All parties in that case were granted intervener status in *Stoddard v. Watson* so that the Court could deal with the remaining issues in both cases.

At issue here are: whether the limitation period is to commence from the date a minor comes of age or a disability ceases, or whether it is to run from the date of the accident; whether s. 47 of the *Limitations Act* did not apply to the limitation period prescribed in s. 180 of the *Highway Traffic Act*; whether, the claim of Jamie Murphy is allowed to proceed, the claim of Sharon Murphy should also be allowed to proceed on the basis of a court's discretion to grant relief from the consequences of a limitation period where the "special circumstances" are found?

Held (Stoddard v. Watson): The appeal should be allowed.

Held (Murphy v. Welsh): The appeal should be allowed with respect to the action of Jamie Murphy and dismissed with respect to the action of Sharon Murphy and the derivative action of Jamie Murphy.

A presumption of coherence between related statutes exists in determining parliamentary intention. Provisions are only deemed inconsistent where they cannot stand together. Sections 180(1) and 47 are not *prima facie* inconsistent. Section 180(1) sets the length of the limitation period and s. 47 states when the limitation period begins to run. Their co-existence does not lead to absurd results.

The s. 180(1) limitation period favours the defendant by serving both the certainty and evidentiary rationales. The diligence rationale cannot be used to support s. 180(1) because diligence implicitly requires awareness of one's rights. Those under legal disability are presumed not to know their rights and remedies and it would be unfair to expect them to proceed diligently in

constances spéciales» qui faisaient en sorte qu'il était possible d'effectuer une modification afin d'ajouter Sharon Murphy à titre de partie à l'action de Jamie Murphy. Le cabinet d'avocats est intervenu lorsque l'affaire a été soumise à la Cour d'appel de l'Ontario.

La Cour d'appel a, dans les deux cas, conclu que le par. 180(1) excluait l'art. 47 et que les actions, y compris l'action oblique, n'avaient pas été intentées dans les délais.

L'affaire *Murphy c. Welsh* a été ajournée afin de bien examiner la question constitutionnelle soulevée. Toutes les parties dans cette affaire ont obtenu le statut d'intervenantes dans *Stoddard c. Watson*, afin que la Cour puisse trancher les autres questions soulevées dans les deux affaires.

Les questions soulevées en l'espèce sont les suivantes: le délai de prescription commence-t-il à courir à compter de la date à laquelle la personne atteint l'âge de la majorité ou cesse d'être incapable, ou à compter de la date de l'accident? L'article 47 de la *Loi sur la prescription des actions* s'applique-t-il au délai de prescription établi à l'art. 180 du *Code de la route*? Si l'action de Jamie Murphy est autorisée, celle de Sharon Murphy devrait-elle également être autorisée en fonction du pouvoir discrétionnaire qu'a la cour de remédier aux conséquences d'un délai de prescription lorsqu'on conclut à l'existence de «circonstances spéciales»?

Arrêt (Stoddard c. Watson): Le pourvoi est accueilli.

Arrêt (Murphy c. Welsh): Le pourvoi est accueilli relativement à l'action de Jamie Murphy et rejeté relativement à l'action de Sharon Murphy et à l'action oblique de Jamie Murphy.

Pour déterminer l'intention du législateur, une présomption de cohérence entre des lois connexes s'applique. Des dispositions ne sont présumées incompatibles que si elles ne peuvent coexister. Le paragraphe 180(1) et l'art. 47 ne sont pas incompatibles à première vue. Le paragraphe 180(1) fixe la durée du délai de prescription et l'art. 47 précise le moment où le délai de prescription commence à courir. Leur coexistence n'entraîne pas de résultats absurdes.

Le délai de prescription établi au par. 180(1) favorise le défendeur parce qu'il répond aux justifications en matière de certitude et de preuve. L'élément de la diligence ne saurait servir à justifier le par. 180(1) parce que la diligence suppose implicitement qu'une personne est au courant des droits qu'elle possède. Les personnes frappées d'une incapacité juridique sont présumées

such matters. Whatever interest a defendant may have in the universal application of the two-year motor vehicle limitation period must be balanced against the concerns of fairness to the plaintiff under legal disability. The prejudice to plaintiffs under legal disability outweighs the benefits of providing a procedural defence to liability.

Driving and owning a motor vehicle are activities with known risks. The s. 180(1) limitation period truncates liability. The legislature did not intend to remove these risks altogether.

Even if there are special circumstances in the case at bar they do not assist Sharon Murphy's claim. In special circumstances the court will allow a statement of claim to be amended to add another party after a limitation period expires. However, the new party's claim will only go back to the date of the statement of claim. Here, even if Sharon Murphy is added as a party to Jamie Murphy's action, her claim is out of time. While the statement of claim was filed in time for the infant, it was too late for the adult.

The only remedy that would allow Sharon Murphy to bring her claim is an extension of time. Rule 3.02 cannot be used to extend the limitation period because the present limitation period falls under the *Highway Traffic Act* which makes no provision for extending time to commence an action. Sharon Murphy's action is incurably out of time and Jamie Murphy's derivative claim under the *Family Law Act* accordingly falls.

Cases Cited

Considered: *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; **referred to:** *Papamonolopoulos v. Board of Education for the City of Toronto* (1986), 56 O.R. (2d) 1; *Martin v. Kingston City Coach Co.*, [1947] O.W.N. 110, aff'g [1946] O.W.N. 915; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380.

ignorer leurs droits et les redressements dont elles disposent et il serait injuste de s'attendre à ce qu'elles fassent preuve de diligence en la matière. Quel que puisse être l'intérêt d'un défendeur dans l'application universelle du délai de prescription de deux ans relatif aux véhicules automobiles, cet intérêt doit être soupesé en fonction des soucis d'équité envers la partie demanderesse frappée d'une incapacité juridique. Le préjudice subi par les parties demanderesse frappées d'une incapacité juridique l'emporte sur les avantages qu'il y a à offrir un moyen de défense procédural en matière de responsabilité.

La conduite et la propriété d'un véhicule automobile comportent des risques connus. Le délai de prescription établi au par. 180(1) réduit la responsabilité. Le législateur n'a pas voulu éliminer complètement ces risques.

Même s'il y a des circonstances spéciales en l'espèce, elles ne sont d'aucune utilité pour l'action de Sharon Murphy. La cour autorisera, dans des circonstances spéciales, la modification d'une déclaration afin d'ajouter une autre partie après l'expiration d'un délai de prescription. Toutefois, l'action de la nouvelle partie ne pourra viser une période antérieure à la date de la déclaration. En l'espèce, même si Sharon Murphy est ajoutée comme partie à l'action de Jamie Murphy, son action est hors délai. Même si la déclaration a été produite à temps dans le cas du mineur, il était trop tard pour l'adulte.

Le seul redressement qui permettrait à Sharon Murphy d'intenter son action est une prorogation de délai. L'article 3.02 ne peut être utilisé pour proroger le délai de prescription parce que le délai de prescription en l'espèce est régi par le *Code de la route* qui ne prévoit pas de prorogation du délai imparti pour intenter une action. L'action de Sharon Murphy est irrémédiablement hors délai et l'action oblique que Jamie Murphy a intentée en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* tombe donc elle aussi.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; **arrêts mentionnés:** *Papamonolopoulos c. Board of Education for the City of Toronto* (1986), 56 O.R. (2d) 1; *Martin c. Kingston City Coach Co.*, [1947] O.W.N. 110, conf. [1946] O.W.N. 915; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380.

Statutes and Regulations Cited

Family Law Act, R.S.O. 1984, c. 8.
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 2(5), 61(4).
Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, s. 180(1), (2), (3).
Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45, 47.
Professional Engineers Act, R.S.O. 1990, c. P.28, s. 46.
Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1980, c. 406.
Rules of Civil Procedure, Rule 3.02.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (*Stoddard v. Watson*) (1991), 3 O.R. (3d) 182, 81 D.L.R. (4th) 475, 50 O.A.C. 246, 4 C.P.C. (3d) 301, allowing an appeal from a judgment of Osborne J. allowing appellant's action. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (*Murphy v. Welsh*) (1991), 3 O.R. (3d) 182, 81 D.L.R. (4th) 475, 50 O.A.C. 246, 4 C.P.C. (3d) 301, allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1967), 62 O.R. (2d) 159 n, 44 D.L.R. (4th) 192 n, 31 C.P.C. (2d) 209, dismissing an appeal from a judgment of Rosenberg J. (1986), 57 O.R. (2d) 622, 33 D.L.R. (4th) 762, 15 C.P.C. (2d) 173, dismissing an appeal from an order of Stayshyn Dist. Ct. J. granting a retroactive extension of time for commencement of action. Appeal allowed with respect to the action of Jamie Murphy; appeal dismissed with respect to the action of Sharon Murphy and the derivative action of Jamie Murphy.

W. L. N. Somerville, Q.C., and *R. B. Bell*, for the appellant.

William S. Zener, for the respondents.

William Morris, Q.C., and *Michael W. Kelly*, for the interveners Sharon-Leigh Murphy and Jamie

Lois et règlements cités

Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 180(1), (2), (3).
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45, 47.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1984, ch. 8.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 2(5), 61(4).
Loi sur les ingénieurs, L.R.O. 1990, ch. P.28, art. 46.
Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1980, ch. 406.
Règles de procédure civile, art. 3.02.

Doctrines citées

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (*Stoddard c. Watson*) (1991), 3 O.R. (3d) 182, 81 D.L.R. (4th) 475, 50 O.A.C. 246, 4 C.P.C. (3d) 301, qui a accueilli l'appel interjeté contre la décision du juge Osborne d'accueillir l'action de l'appelante. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (*Murphy c. Welsh*) (1991), 3 O.R. (3d) 182, 81 D.L.R. (4th) 475, 50 O.A.C. 246, 4 C.P.C. (3d) 301, qui a accueilli l'appel interjeté contre la décision de la Cour divisionnaire (1967), 62 O.R. (2d) 159 n, 44 D.L.R. (4th) 192 n, 31 C.P.C. (2d) 209, de rejeter l'appel interjeté contre le jugement du juge Rosenberg (1986), 57 O.R. (2d) 622, 33 D.L.R. (4th) 762, 15 C.P.C. (2d) 173, qui avait rejeté l'appel interjeté contre une ordonnance du juge Stayshyn de la Cour de district accordant une prorogation rétroactive du délai imparti pour tenter l'action. Pourvoi accueilli relativement à l'action de Jamie Murphy; pourvoi rejeté relativement à l'action de Sharon Murphy et à l'action oblique de Jamie Murphy.

W. L. N. Somerville, c.r., et *R. B. Bell*, pour l'appelante.

William S. Zener, pour les intimées.

William Morris, c.r., et *Michael W. Kelly*, pour les intervenants Sharon-Leigh Murphy et Jamie

Murphy by his litigation guardian, Sharon-Leigh Murphy.

Murphy, par sa tutrice à l'instance Sharon-Leigh Murphy.

Ian Scott, Q.C., Thomas D. Galligan and Andrew K. Lokan, for the intervener Frederick Welsh.

Ian Scott, c.r., Thomas D. Galligan et Andrew K. Lokan, pour l'intervenant Frederick Welsh.

W. L. N. Somerville, Q.C., for the intervener Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur and Delibato.

W. L. N. Somerville, c.r., pour l'intervenant le cabinet Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur et Delibato.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MAJOR J.—

LE JUGE MAJOR—

I. The Facts

I. Les faits

Both *Stoddard v. Watson* and *Murphy v. Welsh* (S.C.C., File No. 22542) involve the interpretation of limitations legislation. Ontario's limitation scheme is divided between the *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240, and various other statutes. Generally, s. 45 of the *Limitations Act* sets a six-year limitation period for negligence actions, unless a shorter period is prescribed elsewhere. Under the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, s. 180(1), (hereinafter "s. 180(1)") the limitation period is reduced to two years. Section 180 reads:

Les pourvois *Stoddard c. Watson* et *Murphy c. Welsh* (C.S.C., n° du greffe 22542) portent sur l'interprétation des dispositions législatives en matière de prescription. Le régime de l'Ontario en matière de prescription est établi par la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1980, ch. 240, et diverses autres lois. D'une manière générale, l'art. 45 de la *Loi sur la prescription des actions* établit un délai de prescription de six ans pour les actions fondées sur la négligence, à moins qu'un délai plus court ne soit prévu ailleurs. Aux termes du *Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198, par. 180(1), (ci-après le «par. 180(1)») le délai de prescription est réduit à deux ans. Voici le texte de l'art. 180:

180.—(1) Subject to subsections (2) and (3), no action shall be brought against a person for the recovery of damages occasioned by a motor vehicle after the expiration of two years from the time when the damages were sustained.

180 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), il est interdit d'intenter une action en dommages-intérêts contre une personne pour des dommages occasionnés par un véhicule automobile après l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date où les dommages ont été subis.

(2) Where death is caused, the action may be brought within the time limited by the *Family Law Reform Act*.

(2) Si un décès est causé par un véhicule automobile, l'action peut être intentée dans les délais prescrits par la *Loi portant réforme du droit de la famille*.

(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), when an action is brought within the time limited by this Act for the recovery of damages occasioned by a motor vehicle and a counterclaim is made or third party proceedings are instituted by a defendant in respect of damages occasioned in the same accident, the lapse of time herein

(3) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2), lorsqu'une action en dommages-intérêts est intentée dans les délais fixés par la présente loi pour des dommages occasionnés par un véhicule automobile et qu'une demande reconventionnelle est déposée ou qu'un défendeur fait appel en garantie simple à l'égard des dom-

limited is not a bar to the counterclaim or third party proceedings.

However, s. 47 of the *Limitations Act* (hereinafter "s. 47") postpones the running of a limitation period while a plaintiff is under a legal disability:

47. Where a person entitled to bring an action mentioned in section 45 or 46 is at the time the cause of action accrues a minor, mental defective, mental incompetent or of unsound mind, the period within which the action may be brought shall be reckoned from the date when such person became of full age or of sound mind.

The central issue in the present cases is whether s. 47 postpones the s. 180(1) limitation period.

The appellant Lorna Stoddard was injured in a motor vehicle accident in November 1984. Stoddard was 17 at the time of the accident. The action to recover for her injuries was commenced on February 18, 1987, more than two years from the date of the accident but within two years of her attaining majority. The trial proceeded by means of an agreed statement of facts. The respondents Wanda Watson and Tilden Rent-a-Car (hereinafter "Tilden") admitted liability and all parties agreed on the assessment of damages at \$33,917.75. Watson and Tilden did not allege any prejudice other than the limitation bar. The trial judge relied on *Papamonolopoulos v. Board of Education for the City of Toronto* (1986), 56 O.R. (2d) 1 (C.A.), and found Stoddard had brought her action in time. *Papamonolopoulos v. Board of Education for the City of Toronto* involved s. 47 and a limitation period under the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 406.

The facts in *Murphy v. Welsh* are somewhat more complex. The appellant Jamie Murphy was injured in a motor vehicle accident in June 1984.

mages occasionnés dans le même accident, le laps de temps fixé dans la présente n'invalide pas la demande reConventionnelle ou l'appel en garantie simple.

Toutefois, l'art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions* (ci-après «l'art. 47») reporte le moment où le délai de prescription commence à courir, lorsque la partie demanderesse est frappée d'une incapacité juridique:

47 Lorsqu'une personne ayant le droit d'intenter une action mentionnée à l'article 45 ou 46 est, à la date où la cause d'action prend naissance, mineure, déficiente ou incapable mentale, ou faible d'esprit, le délai de prescription se calcule à compter de la date à laquelle cette personne a atteint sa majorité ou est devenue saine d'esprit.

La principale question soulevée, dans les présents pourvois, est de savoir si l'art. 47 reporte le moment où commence à courir le délai de prescription établi au par. 180(1).

L'appelante Lorna Stoddard a subi des blessures lors d'un accident d'automobile survenu en novembre 1984. Madame Stoddard était âgée de 17 ans au moment de l'accident. Le recours en dommages-intérêts pour les blessures qu'elle a subies a été intenté le 18 février 1987, plus de deux ans après la date de l'accident, mais moins de deux ans avant qu'elle n'atteigne l'âge de la majorité. L'instance s'est déroulée par voie d'exposé conjoint des faits. Les intimées Wanda Watson et Tilden Rent-a-Car (ci-après «Tilden») ont reconnu leur responsabilité et toutes les parties se sont entendues pour fixer les dommages-intérêts à 33 917,75 \$. Watson et Tilden n'ont invoqué d'autre préjudice que la prescription de l'action. Le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt *Papamonolopoulos c. Board of Education for the City of Toronto* (1986), 56 O.R. (2d) 1 (C.A.), pour conclure que Stoddard avait intenté son action dans les délais. L'arrêt *Papamonolopoulos c. Board of Education for the City of Toronto* portait sur l'art. 47 et un délai de prescription établi par la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*, L.R.O. 1980, ch. 406.

Les faits dans le pourvoi *Murphy c. Welsh* sont un peu plus complexes. L'appelant Jamie Murphy a subi des blessures lors d'un accident d'automobile

He was eight years old at the time of the accident. His mother, the appellant Sharon Murphy, was injured in the same accident. The Murphys' first lawyer notified the respondent Frederick Welsh of the claim in September 1984. The law firm of Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur and Delibato took over the Murphy file in April 1986. The file was misplaced and the statement of claim was not issued until July 11, 1986, more than two years from the date of the accident but while Jamie Murphy was still an infant. The statement of claim named both Sharon Murphy and Jamie Murphy as plaintiffs, and included a derivative action by Jamie Murphy under the *Family Law Act*, R.S.O. 1984, c. 8.

An application to extend retroactively the time for commencing the action was brought in October 1986. The Ontario District Court granted the extension without reasons. Welsh appealed the order to the Supreme Court of Ontario. The Supreme Court of Ontario, relying on *Papamonolopoulos v. Board of Education for the City of Toronto*, found that Jamie Murphy's claim was not barred by s. 180(1). The Supreme Court of Ontario went on to find that there were "special circumstances" that would allow an amendment to add Sharon Murphy as a party in Jamie Murphy's action. Eventually, the matter came before the Ontario Court of Appeal as a Special Case, with Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur and Delibato intervening.

The Court of Appeal ((1991), 3 O.R. (3d) 182) delivered its decision in *Stoddard v. Watson* together with its decision in *Murphy v. Welsh*. The Court of Appeal held that s. 180(1) excluded s. 47. The Court of Appeal relied on basic principles of statutory interpretation and found that s. 180(1) was only subject to subss. (2) and (3). The Court of Appeal also found support for its position in the legislative history of s. 180(1) and in its earlier decision in *Martin v. Kingston City Coach Co.*, [1947] O.W.N. 110, aff'g [1946] O.W.N. 915. *Martin v. Kingston City Coach Co.* held that the

bile en juin 1984. Il était âgé de huit ans au moment de l'accident. Sa mère, l'appelante Sharon Murphy, a été blessée lors du même accident. Le premier avocat des Murphy a avisé l'intimé Frederick Welsh de l'action en septembre 1984. Le cabinet Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur et Delibato a pris en charge le dossier Murphy en avril 1986. Le dossier a été égaré et la déclaration n'a été déposée que le 11 juillet 1986, plus de deux ans après la date de l'accident, mais alors que Jamie Murphy était toujours mineur. La déclaration désignait Sharon Murphy et Jamie Murphy à titre de parties demanderesse et comportait une action oblique intentée par Jamie Murphy aux termes de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1984, ch. 8.

Une demande de prorogation rétroactive du délai imparti pour intenter l'action a été présentée en octobre 1986. La Cour de district de l'Ontario a fait droit à la demande de prorogation sans donner de motifs. Welsh a interjeté appel contre l'ordonnance devant la Cour suprême de l'Ontario. La Cour suprême de l'Ontario s'est fondée sur l'arrêt *Papamonolopoulos c. Board of Education for the City of Toronto* pour conclure que l'action de Jamie Murphy n'était pas prescrite en vertu du par. 180(1). La Cour suprême de l'Ontario a ensuite conclu qu'il y avait des «circonstances spéciales» qui faisaient en sorte qu'il était possible d'effectuer une modification afin d'ajouter Sharon Murphy à titre de partie à l'action de Jamie Murphy. Finalement, l'affaire a été soumise par voie d'exposé de cause à la Cour d'appel de l'Ontario, avec le cabinet Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur et Delibato comme intervenant.

La Cour d'appel ((1991), 3 O.R. (3d) 182) a rendu sa décision dans *Stoddard c. Watson* en même temps que sa décision dans *Murphy c. Welsh*. La Cour d'appel a conclu que le par. 180(1) excluait l'art. 47. La Cour d'appel s'est fondée sur des principes fondamentaux d'interprétation législative pour conclure que le par. 180(1) ne s'appliquait que sous réserve des par. (2) et (3). La Cour d'appel s'est également appuyée sur l'historique législatif du par. 180(1) et sur son arrêt antérieur *Martin c. Kingston City Coach Co.*, [1947] O.W.N. 110, conf. [1946] O.W.N. 915. Dans l'ar-

Highway Traffic Act applied to bar claims after two years regardless of whether the plaintiff was under a legal disability. While acknowledging that s. 47 was not being applied uniformly to special limitation periods, the Court of Appeal considered this was a matter for legislative reform. The Court of Appeal concluded that Sharon Murphy's claim fell with Jamie Murphy's action.

This Court granted leave to appeal in both cases. In order to deal properly with the constitutional question raised in *Murphy v. Welsh* that case was adjourned. However, all parties in *Murphy v. Welsh* were granted intervener status in *Stoddard v. Watson*, so that the Court could proceed with the remaining issues in both cases.

II. Issues

The issues stated in *Stoddard v. Watson* are:

[1.] In actions on behalf of infants and those under legal disability for damages occasioned by a motor vehicle, will the limitation period be reckoned from the date the person comes of age or disability ceases or from the date of the accident?

[2.] As a matter of statutory interpretation, do the words "subject to" when prefacing limitation provisions in a section of an act such as the Highway Traffic Act, serve to exclude operation of statutes of general application in favour of infants and those under legal disability, such as the Limitations Act?

[3.] Does s. 15 of the Charter require an interpretation of statutes (regardless of any merit to the "proper construction" or "subject to" analysis) to allow those with personal characteristics such as infants and others under legal disability to be treated differently than adults with no disability in order to avoid inequality before the law applicable to remedies?

rêt *Martin c. Kingston City Coach Co.*, on a conclu que le *Code de la route* s'appliquait pour écarter les actions intentées après deux ans peu importe que la partie demanderesse soit frappée ou non d'une incapacité juridique. Tout en reconnaissant que l'art. 47 ne s'appliquait pas uniformément aux délais de prescription spéciaux, la Cour d'appel était d'avis qu'il s'agissait d'une question de réforme législative. La Cour d'appel a conclu que l'action de Sharon Murphy tombait avec celle de Jamie Murphy.

Notre Cour a autorisé le pourvoi dans les deux affaires. L'affaire *Murphy c. Welsh* a été ajournée afin de bien examiner la question constitutionnelle qui y était soulevée. Cependant, toutes les parties dans cette affaire ont obtenu le statut d'intervenantes dans *Stoddard c. Watson*, afin que la Cour puisse trancher les autres questions soulevées dans les deux affaires.

II. Les questions en litige

Les questions soulevées dans *Stoddard c. Watson* sont les suivantes:

[TRADUCTION]

[1.] Dans les actions en dommages-intérêts intentées, au nom de mineurs et de personnes frappées d'une incapacité juridique, pour des dommages causés par un véhicule automobile, le délai de prescription sera-t-il calculé à compter de la date à laquelle la personne atteint l'âge de la majorité ou cesse d'être incapable, ou à compter de la date de l'accident?

[2.] Sur le plan de l'interprétation législative, les termes «sous réserve de» placés au début des dispositions en matière de prescription qui figurent dans un article d'une loi comme le Code de la route ont-ils pour effet d'exclure les lois d'application générale en faveur des mineurs ou des personnes frappées d'une incapacité juridique, comme la Loi sur la prescription des actions?

[3.] L'article 15 de la Charte exige-t-il d'interpréter les lois (peu importe le bien-fondé de l'analyse relative à la «juste interprétation» ou à l'expression «sous réserve de») de façon à permettre aux personnes qui ont des caractéristiques personnelles comme celles des mineurs ou d'autres personnes frappées d'une incapacité juridique d'être traitées différemment des adultes non frappés d'incapacité, afin d'éviter toute inégalité devant la loi applicable aux redressements?

The non-constitutional issues stated in *Murphy v. Welsh* are:

[4.] Did the Court of Appeal err in finding that s. 47 of the *Limitations Act* (the “disability” clause) did not apply [to] the limitation period prescribed in s. 180 of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980?

[5.] If the claim of the Plaintiff Jamie Murphy is allowed to proceed, should the claim of Sharon Murphy also be allowed to proceed on the basis of a court’s discretion to grant relief from the consequences of a limitation period where the “special circumstances” are found?

Given the result in these appeals it will only be necessary to deal with Issues 1, 4, and 5.

III. Analysis

A. *Interpretation of Sections 180(1) and 47*

These appeals concern the relationship between provisions in different statutes. The respondents argue that the opening words of s. 180(1) define this relationship and exclude the application of s. 47: “Subject to subsections (2) and (3), no action shall be brought” However, to find that subsections (2) and (3) are the sole exceptions to s. 180(1) means reading s. 180(1) as “subject only to subsections (2) and (3)”. Statutory interpretation presumes against adding words unless the addition gives voice to the legislator’s implicit intention. As Pierre-André Côté states in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 231-32:

Since the judge’s task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted, and to express completely what the legislator wanted to say:

Voici les questions non constitutionnelles qui ont été formulées dans *Murphy c. Welsh*:

[TRADUCTION]

[4.] La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l’art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions* (la clause de «l’incapacité») ne s’appliquait pas au délai de prescription établi à l’art. 180 du *Code de la route*, L.R.O. 1980?

[5.] Si l’action du demandeur Jamie Murphy est autorisée, celle de Sharon Murphy doit-elle également être autorisée en fonction du pouvoir discrétionnaire qu’a la cour de remédier aux conséquences d’un délai de prescription lorsqu’on conclut à l’existence de «circonstances spéciales»?

Compte tenu du résultat de ces pourvois, il ne sera nécessaire d’examiner que les première, quatrième et cinquième questions.

III. Analyse

A. *Interprétation du par. 180(1) et de l’art. 47*

Les présents pourvois portent sur le rapport qui existe entre des dispositions de différentes lois. Les intimées soutiennent que les premiers mots du par. 180(1) définissent ce rapport et excluent l’application de l’art. 47: «Sous réserve des paragraphes (2) et (3), il est interdit d’intenter une action» Toutefois, la conclusion que les paragraphes (2) et (3) constituent les seules exceptions au par. 180(1) suppose que l’on interprète le par. 180(1) comme s’il contenait les mots «sous réserve seulement des paragraphes (2) et (3)». En vertu des règles d’interprétation, il ne convient pas d’ajouter des mots à moins que l’ajout ne précise l’intention implicite du législateur. Comme Pierre-André Côté l’affirme dans *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 257 à 259:

La fonction du juge étant d’interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l’amènerait à ajouter des termes à la loi: celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire:

The presumption against adding words must be treated with caution because legal communication, like all communication, has both implicit and explicit elements. The presumption only concerns the explicit element of the legislature's message: it assumes that the judge usurps the role of Parliament if terms are added to a provision. However, if the judge makes additions in order to render the implicit explicit, he is not overreaching his authority. The relevant question is not whether the judge can add words or not, but rather if the words that he adds do anything more than express what is already implied by the statute.

In determining the legislator's intention there is a presumption of coherence between related statutes. Provisions are only deemed inconsistent where they cannot stand together. Sections 180(1) and 47 are not *prima facie* inconsistent. Section 180(1) sets the length of the limitation period. Section 47 states when the limitation period begins to run. Their co-existence does not lead to absurd results. Merely because s. 180(1) sets a short limitation period does not bar postponement for disability. Sections 45(1)(h) and (i) of the *Limitations Act* set two-year limitation periods, and s. 45(1)(m) sets a one-year limitation period, all of which are subject to s. 47. The co-existence of a short limitation period and a rule for its postponement is not an absurd result.

This Court recently described the purpose of limitations legislation in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6. This case involved a claim for damages for incest brought well after the expiration of the limitation period, even allowing for the plaintiff to reach majority. La Forest J. stated at pp. 29-30:

In order to determine the time of accrual of the cause of action in a manner consistent with the purposes of the *Limitations Act*, I believe it is helpful to first examine its underlying rationales. There are three, and they may be described as the certainty, evidentiary, and diligence rationales: see Rosenfeld, "The Statute of Limitations

Cette présomption contre l'addition de mots doit être appliquée avec prudence, car la communication légale est, comme toute autre communication, composée de deux éléments, l'exprès (la formule) et l'implicite (le contexte global de l'énonciation). La présomption étudiée insiste uniquement sur l'élément exprès de la communication. Elle dit que le juge qui ajoute des mots légifère, usurpe la fonction du législateur. Or, dans la mesure où le juge ajoute des mots pour rendre explicite ce qui est implicite dans le texte, on ne peut pas dire qu'il s'écarte de sa mission d'interprète. La question, dans les cas d'espèce, n'est donc pas tellement de savoir si le juge peut ajouter ou non des mots, mais si les mots qu'il ajoute ont un autre effet que d'explicitier l'élément implicite de la communication légale.

Pour déterminer l'intention du législateur, une présomption de cohérence entre des lois connexes s'applique. Des dispositions ne sont présumées incompatibles que si elles ne peuvent coexister. Le paragraphe 180(1) et l'art. 47 ne sont pas incompatibles à première vue. Le paragraphe 180(1) fixe la durée du délai de prescription. L'article 47 précise le moment où le délai de prescription commence à courir. Leur coexistence n'entraîne pas de résultats absurdes. Le seul fait que le par. 180(1) établisse un court délai de prescription n'empêche pas le report en cas d'incapacité. Les alinéas 45(1)(h) et (i) de la *Loi sur la prescription des actions* fixent des délais de prescription de deux ans et l'al. 45(1)(m), un délai de prescription d'un an, lesquels sont tous assujettis à l'application de l'art. 47. La coexistence d'un court délai de prescription et d'une règle en prévoyant le report ne constitue pas un résultat absurde.

Notre Cour a récemment décrit l'objet d'une disposition législative en matière de prescription dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6. Cet arrêt portait sur une action en dommages-intérêts pour inceste qui avait été intentée bien après l'expiration du délai de prescription, alors même que la demanderesse avait atteint l'âge de la majorité. Le juge La Forest affirme, aux pp. 29 et 30:

Afin de déterminer quand sa cause d'action a pris naissance d'une façon compatible avec les objets de la *Loi sur la prescription des actions*, j'estime utile d'en examiner d'abord les justifications sous-jacentes. Il y en a trois et elles peuvent être décrites comme la certitude, la preuve et la diligence; voir Rosenfeld, «The Statute of

Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy" (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206, at p. 211.

Statutes of limitations have long been said to be statutes of repose; see *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031, and *A'Court v. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540. The reasoning is straightforward enough. There comes a time, it is said, when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations

The second rationale is evidentiary and concerns the desire to foreclose claims based on stale evidence. Once the limitation period has lapsed, the potential defendant should no longer be concerned about the preservation of evidence relevant to the claim

Finally, plaintiffs are expected to act diligently and not "sleep on their rights"; statutes of limitation are an incentive for plaintiffs to bring suit in a timely fashion.

While these rationales benefit the potential defendant, the Court also recognized that there must be fairness to the plaintiff as well. Hence, the reasonable discovery rule which prevents the injustice of a claim's being statute-barred before the plaintiff becomes aware of its existence: *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*. A limitations scheme must attempt to balance the interests of both sides.

The s. 180(1) limitation period favours the defendant by serving both the certainty and evidentiary rationales. The diligence rationale cannot be used to support s. 180(1). Implicitly, diligence requires awareness of one's rights. Those under legal disability are presumed not to know their rights and remedies and it would be unfair to expect them to proceed diligently in such matters. Whatever interest a defendant may have in the universal application of the two-year motor vehicle limitation period must be balanced against the concerns of fairness to the plaintiff under legal disabili-

Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy" (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206, à la p. 211.

On affirme depuis longtemps que les lois sur la prescription des actions sont des lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit; voir *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031, et *A'Court c. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540. Le raisonnement est assez simple. Il arrive un moment, dit-on, où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations

La deuxième justification se rattache à la preuve et concerne la volonté d'empêcher les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés. Une fois écoulé le délai de prescription, le défendeur éventuel ne devrait plus avoir à conserver des éléments de preuve se rapportant à la réclamation;

Enfin, on s'attend à ce que les demandeurs agissent avec diligence et ne «tardent pas à faire valoir leurs droits»; la prescription incite les demandeurs à intenter leurs poursuites en temps opportun.

Bien que le défendeur éventuel profite de ces justifications, la Cour a également reconnu que la partie demanderesse doit également être traitée de manière équitable. D'où la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi qui évite l'injustice qui résulterait de la prescription d'une action avant même que la partie demanderesse ne prenne conscience de l'existence de sa cause d'action: *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *M. (K.) c. M. (H.)*, précité. Un régime de prescription doit tenter d'établir un équilibre entre les intérêts des deux parties.

Le délai de prescription établi au par. 180(1) favorise le défendeur parce qu'il répond aux justifications en matière de certitude et de preuve. L'élément de la diligence ne saurait servir à justifier le par. 180(1). Implicitement, la diligence suppose qu'une personne est au courant des droits qu'elle possède. Les personnes frappées d'une incapacité juridique sont présumées ignorer leurs droits et les recours dont elles disposent et il serait injuste de s'attendre à ce qu'elles fassent preuve de diligence en la matière. Quel que puisse être l'intérêt d'un défendeur dans l'application universelle

ity. If s. 180(1) excludes s. 47, an individual under legal disability would be deprived of any remedy unless the disability ends within two years of the accident. Only infants over the age of 16 and individuals suffering from short term mental incompetence would be able to pursue their remedies. The prejudice to plaintiffs under legal disability outweighs the benefits of providing a procedural defence to liability.

Admittedly, vicarious liability and reverse onus provisions may result in a defendant's being faced with a claim years down the road for an accident caused by another person. However, driving and owning a motor vehicle are activities with known risks. The s. 180(1) limitation period truncates liability. Surely the legislature did not intend to remove these risks altogether.

B. *Special Circumstances*

Even if there are special circumstances in the case at bar they do not assist Sharon Murphy's claim. As this Court held in *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, in special circumstances the court will allow a statement of claim to be amended to add another party after a limitation period expires. However, the new party's claim will only go back to the date of the statement of claim. Here, even if Sharon Murphy is added as a party to Jamie Murphy's action, her claim is out of time. While the statement of claim was filed in time for the infant, it was too late for the adult. The remedy granted by the Supreme Court of Ontario was ineffectual.

The only remedy that would allow Sharon Murphy to bring her claim is an extension of time.

du délai de prescription de deux ans relatif aux véhicules automobiles, cet intérêt doit être soupesé en fonction des soucis d'équité envers la partie demanderesse frappée d'une incapacité juridique. Si le par. 180(1) excluait l'application de l'art. 47, la personne frappée d'une incapacité juridique serait privée de tout recours à moins que l'incapacité ne prenne fin dans les deux années qui suivent l'accident. Seuls les mineurs de plus de 16 ans et les personnes frappées d'une incapacité mentale à court terme seraient en mesure de mettre à exécution leurs recours. Le préjudice subi par les parties demanderesse frappées d'une incapacité juridique l'emporte sur les avantages qu'il y a à offrir un moyen de défense procédural en matière de responsabilité.

Certes, en raison des dispositions en matière de responsabilité du fait d'autrui et d'inversion du fardeau de la preuve, un défendeur peut, plusieurs années plus tard, faire l'objet d'une action pour un accident causé par autrui. Toutefois, la conduite et la propriété d'un véhicule automobile comportent des risques connus. Le délai de prescription établi au par. 180(1) réduit la responsabilité. Le législateur n'a sûrement pas voulu éliminer complètement ces risques.

B. Circonstances spéciales

Même s'il y a des circonstances spéciales en l'espèce, elles ne sont d'aucune utilité pour l'action de Sharon Murphy. Comme notre Cour l'a conclu dans *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, la cour autorisera, dans des circonstances spéciales, la modification d'une déclaration afin d'ajouter une autre partie après l'expiration d'un délai de prescription. Toutefois, l'action de la nouvelle partie ne pourra viser une période antérieure à la date de la déclaration. En l'espèce, même si Sharon Murphy est ajoutée comme partie à l'action de Jamie Murphy, son action est hors délai. Même si la déclaration a été produite à temps dans le cas du mineur, il était trop tard pour l'adulte. Le redressement accordé par la Cour suprême de l'Ontario était inefficace.

Le seul redressement qui permettrait à Sharon Murphy d'intenter son action est une prorogation

Indeed this is what the Murphys originally asked for under the Ontario *Rules of Civil Procedure*. Rule 3.02(1) and (2) allows a court to “extend or abridge any time prescribed by these rules . . . on such terms as are just . . . before or after the expiration of the time prescribed.” However, the present limitation period falls under the *Highway Traffic Act*. Rule 3.02 cannot be used to extend the limitation period. Unlike the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 2(5) and 61(4), and the *Professional Engineers Act*, R.S.O. 1990, c. P.28, s. 46, which provide for extending of limitation periods, the *Highway Traffic Act* makes no provision for extending time to commence an action. Sharon Murphy’s action is incurably out of time.

IV. Conclusion

The infants Lorna Stoddard and Jamie Murphy commenced their actions within the time prescribed by the *Highway Traffic Act* and the *Limitations Act*. The appeals are allowed on this point and the Court of Appeal’s orders declaring the infants’ claims to be statute-barred are set aside. Sharon Murphy’s claim is statute-barred; as a result, Jamie Murphy’s derivative claim under the *Family Law Act* also falls.

The appellant is entitled to costs against the respondents Wanda Watson and Tilden Rent-a-Car. The intervener Jamie Murphy by his litigation guardian, Sharon Murphy, is entitled to costs against the intervener Frederick Welsh. There is no other order as to costs.

Appeal (Stoddard v. Watson) allowed.

Appeal (Murphy v. Welsh) allowed with respect to the action of Jamie Murphy; appeal dismissed with respect to the action of Sharon Murphy and the derivative action of Jamie Murphy.

Solicitors for the appellant: Borden & Elliot, Toronto.

de délai. En fait, c’est ce que les Murphy ont d’abord demandé aux termes des *Règles de procédure civile* de l’Ontario. Les paragraphes 3.02(1) et (2) permettent à un tribunal de «proroger ou [d’]abrèger le délai fixé par les présentes règles . . . à des conditions justes . . . avant ou après l’expiration du délai prescrit.» Toutefois, le délai de prescription en l’espèce est régi par le *Code de la route*. L’article 3.02 ne peut être utilisé pour proroger le délai de prescription. Contrairement aux par. 2(5) et 61(4) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, et à l’art. 46 de la *Loi sur les ingénieurs*, L.R.O. 1990, ch. P.28, qui prévoient la prorogation des délais de prescription, le *Code de la route* ne prévoit pas de prorogation du délai imparti pour intenter une action. L’action de Sharon Murphy est irrémédiablement hors délai.

IV. Conclusion

Les mineurs Lorna Stoddard et Jamie Murphy ont intenté leurs actions dans le délai prescrit par le *Code de la route* et la *Loi sur la prescription des actions*. Les pourvois sont accueillis sur ce point et les ordonnances de la Cour d’appel déclarant que les actions des mineurs étaient prescrites sont annulées. L’action de Sharon Murphy est prescrite; par conséquent, l’action oblique que Jamie Murphy a intentée en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* tombe elle aussi.

L’appelante a droit au paiement de ses dépens par les intimées Wanda Watson et Tilden Rent-a-Car. L’intervenant Jamie Murphy, par sa tutrice à l’instance Sharon Murphy, a droit au paiement de ses dépens par l’intervenant Frederick Welsh. Il n’y a pas d’autre adjudication de dépens.

Pourvoi (Stoddard c. Watson) accueilli.

Pourvoi (Murphy c. Welsh) accueilli relativement à l’action de Jamie Murphy; pourvoi rejeté relativement à l’action de Sharon Murphy et à l’action oblique de Jamie Murphy.

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

Solicitors for the respondents: Lipman, Zener & Waxman, Toronto.

Solicitor for the interveners Sharon-Leigh Murphy and Jamie Murphy by his Litigation Guardian, Sharon-Leigh Murphy: William Morris, Hamilton.

Solicitors for the intervener Frederick Welsh: Paul Lee & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur and Delibato: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs des intimées: Lipman, Zener & Waxman, Toronto.

Procureur des intervenants Sharon-Leigh Murphy et Jamie Murphy, par sa tutrice à l'instance Sharon-Leigh Murphy: William Morris, Hamilton.

Procureurs de l'intervenant Frederick Welsh: Paul Lee & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le cabinet Hastings, Charlebois, Feltmate, Fur et Delibato: Borden & Elliot, Toronto.

**The Corporation of the City of
Peterborough Appellant**

v.

Kenneth Ramsden Respondent

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of British Columbia, the
Corporation of the City of Toronto and the
Canadian Civil Liberties
Association Intervenors**

INDEXED AS: RAMSDEN v. PETERBOROUGH (CITY)

File No.: 22787.

1993: June 1; 1993: September 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Postering — Municipal by-law banning
posters on public property — Whether postering a form
of expression — If so, whether protected by s. 2(b) — If
infringement of s. 2(b), whether justified under s. 1 —
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).*

This appeal concerned the constitutional validity of a
municipal by-law prohibiting all postering on public
property. The issue was whether the absolute ban on
such postering infringed the *Charter* guarantee of free-
dom of expression, and if so whether that infringement
was justified under s. 1 of the *Charter*.

The accused advertised upcoming performances of
his band on two occasions by affixing posters to hydro
poles contrary to a city by-law banning posters on pub-
lic property. On both occasions, he was charged under
the by-law. The accused, while not denying the
offences, took the position that the by-law was unconsti-

**La Corporation municipale de
Peterborough Appelante**

c.

Kenneth Ramsden Intimé

et

b

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario, le
procureur général de la Colombie-
Britannique, la Corporation municipale de
Toronto et l'Association canadienne des
libertés civiles Intervenants**

RÉPERTORIÉ: RAMSDEN c. PETERBOROUGH (VILLE)

N° du greffe: 22787.

1993: 1^{er} juin; 1993: 2 septembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Affichage — Règlement municipal inter-
disant l'affichage sur une propriété publique — L'affi-
chage est-il une forme d'expression? — Dans l'affirma-
tive, est-il protégé par l'art. 2b)? — S'il y a violation de
l'art. 2b), cette violation est-elle justifiée en vertu de
l'article premier? — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 1, 2b).*

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité d'un
règlement municipal interdisant tout affichage sur une
propriété publique. Il s'agit de déterminer si cette inter-
diction absolue porte atteinte à la liberté d'expression
garantie par la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette
atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la
Charte.

Afin d'annoncer les spectacles de son orchestre, l'ac-
cusé a, à deux reprises, apposé des affiches sur des
poteaux électriques contrairement à un règlement muni-
cipal qui interdisait l'affichage sur une propriété
publique. À chaque fois, il a été accusé d'infraction
audit règlement. L'accusé n'a pas nié avoir commis les

tutional because it was inconsistent with the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A Justice of the Peace found that the by-law did not violate the *Charter* and convicted the accused. The appeal to Provincial Court, which was dismissed, was based on the agreed facts that posting on utility poles can constitute a safety hazard to workers climbing them, a traffic hazard if placed facing traffic, and visual and aesthetic blight contributing to litter if left too long. A majority of the members of the Court of Appeal found that the by-law infringed the accused's freedom of expression and was not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The constitutional questions in this Court queried if the by-law limited the right guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, and if so, whether such limits were demonstrably justified under s. 1.

Held: The appeal should be dismissed.

In determining whether posting falls within the scope of s. 2(b), it must first be decided that it constitutes expression, and if so, whether posting on public property is protected by s. 2(b). The second step requires a determination of whether the purpose or effect of the by-law is to restrict freedom of expression.

Posting conveys or attempts to convey a meaning, regardless of whether it constitutes advertising, political speech or art. The first part of the s. 2(b) test is satisfied.

Posting on public property, including utility poles, clearly fosters political and social decision-making and thereby furthers at least one of the values underlying s. 2(b). No persuasive distinction existed between using public space for leaflet distribution and using public property for the display of posters. The question was not whether or how the speaker used the forum, but whether that use of the forum either furthered the values underlying the constitutional protection of freedom of expression or was compatible with the primary function of the property.

infractions en question, mais il a fait valoir que le règlement était inconstitutionnel parce qu'il était incompatible avec la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^a Un juge de paix a statué que le règlement ne violait pas la *Charte* et a déclaré l'accusé coupable. L'appel qui a été rejeté devant la Cour provinciale était fondé sur un exposé conjoint des faits dans lequel les parties avaient reconnu que les affiches apposées sur des poteaux de service public peuvent constituer un danger pour la sécurité des travailleurs qui doivent y grimper ainsi qu'un danger pour la circulation si elles sont placées de façon à être dirigées vers les conducteurs, et qu'elles peuvent constituer un irritant visuel et esthétique contribuant à la présence de déchets dans la rue, si elles y sont laissées trop longtemps. La Cour d'appel à la majorité a statué que le règlement portait atteinte à la liberté d'expression de l'accusé et qu'il n'était pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les questions constitutionnelles soumises à notre Cour visaient à déterminer si le règlement limitait le droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la justification de ces limites pouvait se démontrer en vertu de l'article premier.

^e *Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Pour déterminer si l'affichage relève de l'al. 2b), il faut d'abord décider s'il constitue une forme d'expression et, dans l'affirmative, si l'affichage sur une propriété publique est protégé par l'al. 2b). Il faut ensuite déterminer si le règlement a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression.

^g L'affichage transmet ou tente de transmettre une signification, peu importe que les affiches en cause constituent de la publicité, un discours politique ou une expression artistique. On satisfait à la première partie du critère de l'al. 2b).

^h Il est évident que l'affichage sur une propriété publique, y compris les poteaux de service public, encourage la prise de décisions d'intérêt social et politique et favorise ainsi au moins l'une des valeurs sous-jacentes de l'al. 2b). Il n'existait pas de distinction convaincante entre l'utilisation d'un endroit public pour distribuer des dépliants et l'utilisation d'une propriété publique à des fins d'affichage. Il s'agissait non pas de savoir si ou comment l'orateur a utilisé la tribune, mais plutôt de savoir si l'utilisation de la tribune a favorisé les valeurs qui sous-tendent la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ou si elle était compatible avec la fonction première de la propriété.

The by-law was aimed at the consequences of the particular conduct in question and was not tied to content. On its face, it was content-neutral and prohibited all messages from being conveyed in a certain manner and at certain places. The purpose of the by-law — avoiding the consequences associated with postering — was “meritorious”. The absolute prohibition of postering on public property, however, prevented the communication of political, cultural and artistic messages and therefore, infringed s. 2(b).

The objective of the by-law was pressing and substantial and the total ban was rationally connected to these objectives. By prohibiting posters entirely, litter, aesthetic blight and associated hazards were avoided. The complete ban on postering, however, did not restrict expression as little as is reasonably possible. The by-law extended to trees, all types of poles, and all other public property. Worker safety was only affected when posters were attached to wooden utility poles and traffic safety was affected only where posters were displayed facing roadways. Many alternatives to a complete ban exist. Proportionality between the effects and the objective was not achieved because the benefits of the by-law were limited while the abrogation of the freedom was total. While the legislative goals were important, they did not warrant the complete denial of access to a historically and politically significant form of expression.

Cases Cited

Considered: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; **referred to:** *Re Forget* (1990), 74 D.L.R. (4th) 547; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radiotelevision and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Fink v. Saskatoon (City of)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3431; *Members of the City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789 (1984).

Statutes and Regulations Cited

By-law No. 3270 of the City of Peterborough, ss. 1 [am. by By-law No. 1982-147], 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400.

Le règlement visait les conséquences de la conduite particulière en question et n'était pas lié au contenu. À première vue, il était neutre quant au contenu et interdisait de transmettre tous les messages d'une certaine façon et à certains endroits. L'objet du règlement — éviter les conséquences liées à l'affichage — était «louable». L'interdiction absolue d'afficher sur une propriété publique empêchait toutefois la communication de messages de nature politique, culturelle et artistique, et violait donc l'al. 2b).

L'objectif du règlement était urgent et réel et l'interdiction totale avait un lien rationnel avec cet objectif. En interdisant complètement l'affichage, on se trouvait à éviter la présence de déchets dans la rue, les irritants esthétiques et les dangers connexes. Cependant, l'interdiction totale de poser des affiches ne restreignait pas l'expression aussi peu que cela était raisonnablement possible. Le règlement visait les arbres, tous les types de poteaux et toutes les autres propriétés publiques. La sécurité des travailleurs n'était compromise que si les affiches étaient apposées sur des poteaux de service public en bois et il n'y avait atteinte à la sécurité routière que dans la mesure où les affiches étaient placées de façon à être dirigés vers les conducteurs. Il existe de nombreuses solutions de rechange à une interdiction totale. On n'a pas réalisé la proportionnalité entre les effets et l'objectif visé parce que les avantages du règlement étaient limités, alors que l'abrogation de la liberté était totale. Bien que les objectifs législatifs fussent importants, ils ne justifiaient pas le refus total de donner accès à une forme d'expression historiquement et politiquement importante.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; **arrêts mentionnés:** *Re Forget* (1990), 74 D.L.R. (4th) 547; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Fink c. Saskatoon (City of)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3431; *Members of the City Council of Los Angeles c. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789 (1984).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Constitution des États-Unis, Premier amendement.
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1980, ch. 400.

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.
United States Constitution, First Amendment.

Règlement n° 3270 de la ville de Peterborough, art. 1
[mod. par le règlement n° 1982-147], 2.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979,
ch. S-24.1.

Authors Cited

Cameron, B. Jamie. "A Bumpy Landing: The Supreme Court of Canada and Access to Public Airports Under Section 2(b) of the *Charter*" (1992), 2 *Media & Communications L. Rev.* 91.

Kanter, Michael. "Balancing Rights Under Section 2(b) of the Charter: Case Comment on *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 489.

Stacey, Robert. *The Canadian Poster Book: 100 Years of the Poster in Canada*. Toronto: Methuen, 1979.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 5 O.R. (3d) 289, 85 D.L.R. (4th) 76, 50 O.A.C. 328, 7 C.R.R. (2d) 288, 7 M.P.L.R. (2d) 57, allowing an appeal from a judgment of Megginson Prov. Ct. J. dismissing an appeal from conviction of breach of municipal by-law by Jacklin J.P. Appeal dismissed.

Jonathan H. Wigley and Robert A. Maxwell, for the appellant.

Peter F. Jervis and Kirk F. Stevens, for the respondent.

Yvonne E. Milosevic, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lori Sterling, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Angela R. Westmacott, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Andrew Weretelnyk, for the intervener the Corporation of the City of Toronto.

Neil Finkelstein and George Vegh, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

^a Doctrine citée

Cameron, B. Jamie. «A Bumpy Landing: The Supreme Court of Canada and Access to Public Airports Under Section 2(b) of the *Charter*» (1992), 2 *Media & Communications L. Rev.* 91.

^b Kanter, Michael. «Balancing Rights Under Section 2(b) of the Charter: Case Comment on *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 489.

^c Stacey, Robert. *The Canadian Poster Book: 100 Years of the Poster in Canada*. Toronto: Methuen, 1979.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 5 O.R. (3d) 289, 85 D.L.R. (4th) 76, 50 O.A.C. 328, 7 C.R.R. (2d) 288, 7 M.P.L.R. (2d) 57, qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision du juge Megginson de la Cour provinciale, qui avait rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité de violation d'un règlement municipal prononcée par le juge de paix Jacklin. Pourvoi rejeté.

^e *Jonathan H. Wigley et Robert A. Maxwell*, pour l'appelante.

Peter F. Jervis et Kirk F. Stevens, pour l'intimé.

Yvonne E. Milosevic, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lori Sterling, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

^h *Angela R. Westmacott*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Andrew Weretelnyk, pour l'intervenante la Corporation municipale de Toronto.

Neil Finkelstein et George Vegh, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

^j Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J.—This appeal concerns the constitutional validity of a municipal by-law prohibiting all posting on public property. The issue is whether the absolute ban on such posting infringes the *Charter* guarantee of freedom of expression, and if so whether that infringement is justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I. Background

As a means of advertising upcoming performances of his band, the respondent, on two occasions, affixed posters on hydro poles in contravention of By-law No. 3270 of the city of Peterborough. On both occasions, the respondent was charged under the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, with an offence under the by-law. The respondent did not deny committing the offences but took the position that the by-law was unconstitutional because it was inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*. The respondent was convicted by a Justice of the Peace who found that the by-law did not violate the *Charter*.

The respondent appealed to the Provincial Court on an agreed statement of facts. The parties agreed that posting on utility poles can constitute a safety hazard to workers climbing them and a traffic hazard if placed facing traffic. The parties also agreed that abandoned posters or those left for an unreasonable length of time may constitute visual and aesthetic blight and contribute to litter. The respondent's appeal to the Provincial Court was dismissed. His further appeal to the Court of Appeal was allowed by a majority of the members of the court who found that the by-law infringed the respondent's freedom of expression and was not justifiable under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, the respondent's convictions were set aside and acquittals were entered.

On appeal to this Court, Chief Justice Lamer stated the following constitutional questions:

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité d'un règlement municipal interdisant tout affichage sur une propriété publique. Il s'agit de déterminer si cette interdiction absolue porte atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

b I. Le contexte

Afin d'annoncer les spectacles de son orchestre, l'intimé a, à deux reprises, apposé des affiches sur des poteaux électriques contrairement au règlement n° 3270 de la ville de Peterborough. À chaque fois, l'intimé a été accusé d'infraction audit règlement en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, ch. 400. L'intimé n'a pas nié avoir commis les infractions en question, mais il a fait valoir que le règlement était inconstitutionnel parce qu'il était incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*. L'intimé a été déclaré coupable par un juge de paix qui a statué que le règlement ne violait pas la *Charte*.

L'intimé a interjeté appel devant la Cour provinciale en se fondant sur un exposé conjoint des faits. Les parties ont reconnu que l'affichage sur des poteaux de service public peut constituer un danger pour la sécurité des travailleurs qui doivent y grimper ainsi qu'un danger pour la circulation si les affiches sont placées de façon à être dirigées vers les conducteurs. Les parties ont également reconnu que les affiches abandonnées ou laissées pendant un laps de temps déraisonnable peuvent constituer un irritant visuel et esthétique et contribuer à la présence de déchets dans la rue. La Cour provinciale a rejeté l'appel de l'intimé. La Cour d'appel à la majorité a ensuite accueilli l'appel interjeté par l'intimé et a statué que le règlement portait atteinte à la liberté d'expression de l'intimé et qu'il n'était pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les déclarations de culpabilité de l'intimé ont donc été annulées et des verdicts d'acquiescement ont été inscrits.

Dans le cadre du pourvoi devant notre Cour, le juge en chef Lamer a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Do ss. 1 and 2 of the Corporation of the City of Peterborough By-law 3270 (as amended by By-law 1982-147) limit the right guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is yes, are such limits demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

II. Relevant Legislative Provisions

In 1937, the city of Peterborough enacted By-Law No. 3270. In its original form, it read as follows:

1. No bill, poster or other advertisement of any nature whatsoever shall be placed on or attached to or caused to be placed on or attached to any tree situate on any public street, highway or thoroughfare within the limits of the City of Peterborough or any pole, post, stanchion or other object which is used for the purpose of carrying the transmission lines of any telephone, telegraph or electric power company situate on any public street, highway or thoroughfare within the limits of the City of Peterborough.

In 1982, s. 1 of the by-law was amended by By-law No. 1982-147 as follows:

1. No bill, poster, sign or other advertisement of any nature whatsoever shall be placed on or caused to be placed on any public property or placed on or attached to or caused to be placed or attached to any tree situate on any public property within the limits of the City of Peterborough or any pole, post, stanchion or other object which is used for the purpose of carrying the transmission lines of any telephone, telegraph or electric power company situate on any public property within the limits of the City of Peterborough. [Emphasis added.]

Section 2 of the by-law reads as follows:

2. Every person who contravenes this by-law is guilty of an offence and liable upon summary conviction to a penalty not to exceed Two Thousand Dollars (\$2,000.00) exclusive of costs for each and every such offence.

1. Les articles 1 et 2 du règlement 3270 de la corporation municipale de Peterborough (modifié par le règlement 1982-147) limitent-ils le droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de ces limites peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

II. Les dispositions législatives pertinentes

En 1937, la ville de Peterborough a adopté le règlement n° 3270 qui, au départ, se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

1. Il est interdit d'apposer des placards, affiches ou toute autre réclame de quelle que nature que ce soit sur un arbre situé sur une voie publique dans les limites de la ville de Peterborough ou sur un poteau, étauçon ou autre objet porteur de lignes de transmission de toute compagnie de téléphone, de télégraphie ou d'électricité, situé sur une voie publique dans les limites de la ville de Peterborough.

En 1982, l'art. 1 du règlement a été modifié par le règlement n° 1982-147 dont voici le texte:

[TRADUCTION]

1. Il est interdit d'apposer des placards, affiches ou toute autre réclame de quelle que nature que ce soit sur toute propriété publique ou sur un arbre situé sur toute propriété publique dans les limites de la ville de Peterborough ou sur un poteau, étauçon ou autre objet porteur de lignes de transmission de toute compagnie de téléphone, de télégraphie ou d'électricité, situé sur une propriété publique dans les limites de la ville de Peterborough. [Je souligne.]

L'article 2 du règlement prévoit:

[TRADUCTION]

2. Quiconque contrevient au présent règlement est coupable d'une infraction et est passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une peine maximale de deux mille dollars (2 000 \$), sans compter les frais relatifs à chaque infraction.

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;

III. Judgments Below*A. Provincial Offences Court (Jacklin J.P.)*

In his defence, the respondent took the position that the posting of advertisements was a medium of communication, and that the prohibition set out in By-law No. 3270 infringed his guaranteed freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. The prosecution contended that the purpose of the by-law was not to limit expression but rather was concerned with aesthetic considerations, the safety of workers, traffic safety, and garbage collection. Jacklin J.P. found the impugned by-law to be neutral on the issue of the content of advertising. In his opinion, the city's interests were "sufficiently substantial" to justify adequately the prohibition against the placing of posters on public property. Moreover, he found that the effect of the prohibition was no greater than necessary given the availability of alternative means of advertising. Accordingly, Jacklin J.P. concluded that the respondent's freedom of expression had not been infringed. The respondent was found guilty of the charges and fined \$25 for the first infraction and \$100 for the second.

B. Provincial Court (Megginson Prov. Ct. J.)

Megginson Prov. Ct. J. did not accept that freedom of "other media of communication" should be

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;

III. Les juridictions inférieures*A. Cour des infractions provinciales (le juge de paix Jacklin)*

En défense, l'intimé a soutenu que l'affichage publicitaire constituait un moyen de communication et que l'interdiction énoncée au règlement n° 3270 portait atteinte à la liberté d'expression que lui garantissait l'al. 2b) de la *Charte*. Le ministre public a allégué que le règlement en question ne visait pas à restreindre l'expression, mais qu'il avait trait à des considérations esthétiques, à la sécurité des travailleurs, à la sécurité routière et à la cueillette des ordures. Le juge Jacklin a statué que le règlement contesté était neutre quant à la question du contenu des annonces. À son avis, les intérêts de la ville étaient [TRADUCTION] «suffisamment importants» pour justifier adéquatement l'interdiction de l'affichage sur une propriété publique. De plus, il a conclu que l'interdiction n'avait pas un effet plus important que nécessaire puisqu'il était possible de recourir à d'autres méthodes publicitaires. Le juge Jacklin a donc décidé qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à la liberté d'expression de l'intimé. Celui-ci a été déclaré coupable relativement aux accusations portées contre lui et condamné à payer une amende de 25 \$ pour la première infraction et de 100 \$ pour la seconde.

B. La Cour provinciale (le juge Megginson)

Le juge Megginson n'était pas d'avis que la liberté des «autres moyens de communication»

elevated to a separate and distinct constitutionally protected freedom. Rather he interpreted it to merely be a facet of “freedom of thought, belief, opinion and expression”. In his opinion, s. 2(b) is directed towards protecting against “censorship of content, substance or form of expression (by whatever medium)”. However, he did not accept that freedom of expression included a correlative obligation on the part of a property owner to afford “cost-free advertising” to a commercial interest by permitting any person to “post advertising material upon portions of that property as a ‘medium of communication’, simply because objects on that property are physically susceptible of having such material displayed thereon or affixed thereto”. In his opinion, advertising is a cost of carrying on business and must be borne by persons utilizing the facilities generally made available in our society for that purpose. By-law No. 3270 was not seen by Megginson Prov. Ct. J. as censoring expression, but merely imposing “a total prohibition upon the use of property for certain purposes, in the perceived public interests of safety, avoidance of ‘visual blight’, and economy of ‘house-keeping costs’ (such as removal and garbage collection)”. Accordingly, he found no inconsistency between the by-law and s. 2(b) of the *Charter*. The respondent’s appeal was therefore dismissed.

C. *Court of Appeal for Ontario* (1991), 5 O.R. (3d) 289

1. Majority Reasons (Krever J.A., Labrosse J.A. concurring)

Krever J.A. noted at p. 291 that “whereas the original by-law proscribed the placing of posters on trees on a public street or on poles carrying transmission lines on any street, the by-law as amended prohibits the placing of posters on any public property”. According to Krever J.A., it was this enlargement of the scope of the prohibition, or its absolute nature, which rendered it vulnerable to constitutional attack on freedom of expression grounds.

devait être érigée en une liberté séparée et distincte qui serait protégée par la Constitution. Il l’a plutôt interprétée comme constituant simplement une facette de la «liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression». Selon lui, l’al. 2b) vise à protéger contre [TRADUCTION] «la censure du contenu, de l’essence ou de la forme de l’expression (par quelque moyen que ce soit)». Toutefois, il n’était pas d’avis que la liberté d’expression comportait l’obligation corrélatrice pour le propriétaire d’un bien-fonds d’offrir [TRADUCTION] «une réclame gratuite» à un commerce en permettant à quiconque [TRADUCTION] «d’apposer des affiches publicitaires sur des parties de ce bien-fonds à titre de «moyen de communication», simplement parce qu’il s’y trouve des objets sur lesquels il est possible d’apposer des affiches». À son avis, la publicité constitue un coût du commerce qui doit être assumé par les personnes qui utilisent les installations généralement disponibles à cette fin dans notre société. Le juge Megginson considérait non pas que le règlement n° 3270 censurait l’expression, mais qu’il imposait simplement [TRADUCTION] «une interdiction totale d’utiliser une propriété à certaines fins, dans ce qui était perçu comme l’intérêt public dans la sécurité, l’absence d’«irritants visuels» et les économies internes (comme l’enlèvement et la collecte des ordures)». Par conséquent, il a statué qu’il n’existait aucune incompatibilité entre le règlement et l’al. 2b) de la *Charte*. L’appel de l’intimé a donc été rejeté.

C. *La Cour d’appel de l’Ontario* (1991), 5 O.R. (3d) 289

1. Motifs majoritaires (le juge Krever, à l’avis duquel a souscrit le juge Labrosse)

Le juge Krever souligne, à la p. 291, que [TRADUCTION] «tandis que le règlement initial interdisait d’apposer des affiches sur les arbres situés sur une voie publique ou sur les poteaux porteurs de lignes de transmission situés sur une rue, le règlement modifié interdit l’affichage sur toute propriété publique». Selon le juge Krever, c’est cet élargissement de la portée de l’interdiction, ou son caractère absolu, qui la rend vulnérable à une contestation de nature constitutionnelle fondée sur la liberté d’expression.

In Krever J.A.'s opinion, at pp. 291-92, there was no doubt that advertising an artistic performance was an act of communicating information. "In informing the public, or those members of the public who read the [respondent's] posters, of a coming musical performance the posters conveyed a meaning. It was therefore protected by s. 2(b) of the *Charter*." Citing *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Krever J.A. observed that the commercial character of the expression in question did not remove it from the category of constitutionally protected expressive activity.

While he did not accept that the purpose of the by-law was to limit free expression, he nonetheless found that it had such an effect. He did not see how it could be said that a total prohibition of poster-
ing on public property could fail to have the effect of restricting that sort of expressive activity. In this regard, he noted at p. 292:

I read *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139 . . . as holding that, although s. 2(b) does not confer a right to use all government property for expressive purposes, prohibiting expression at, in or on all public property does offend s. 2(b). It is also authority for the proposition that the government's stewardship or even ownership of public property does not entitle the government to prohibit absolutely access to all public property for the purpose of communicating information.

In considering whether the by-law could be justified under s. 1, he found that the objective of preventing safety hazards to workers climbing utility poles and the prevention of traffic hazards could not justify an absolute prohibition on all public property. However, he accepted, at p. 293, that the city's interest in preventing "visual and aesthetic blight" was a serious social problem from both a cost and appearance perspective and therefore was of sufficient importance to override a *Charter* right. In his opinion, there was undoubtedly a rational connection between the prohibition and the objective of preventing visual blight. However, By-law No. 3270 failed the proportionality

De l'avis du juge Krever, aux pp. 291 et 292, il ne faisait aucun doute que l'annonce d'une représentation artistique constituait un acte de communication d'informations. [TRADUCTION] «En informant le public ou les membres du public qui lisent les affiches [de l'intimé], de la tenue prochaine d'un spectacle de musique, les affiches transmettaient une signification. Elles se trouvaient donc protégées par l'al. 2b) de la *Charte*.» Citant l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge Krever a fait observer que le caractère commercial de l'expression en cause ne l'excluait pas de la catégorie des activités expressives protégées par la Constitution.

Bien qu'il n'ait pas accepté que le règlement avait pour objet de restreindre la liberté d'expression, le juge Krever a néanmoins statué qu'il avait cet effet. Il a dit qu'il ne voyait pas comment il était possible d'affirmer qu'une interdiction totale d'afficher sur une propriété publique ne pouvait avoir pour effet de restreindre ce type d'activité expressive. À cet égard, il souligne, à la p. 292:

[TRADUCTION] Selon moi, on statue, dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 [. . .] que, même si l'al. 2b) ne confère pas un droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement à des fins d'expression, interdire l'expression dans ou sur toute propriété publique va à l'encontre de l'al. 2b). Cet arrêt permet également de soutenir que la régie ou même la propriété de biens publics par le gouvernement ne confère pas à ce dernier le droit d'interdire totalement l'accès à toute propriété publique aux fins de la communication d'informations.

Lorsqu'il a examiné si le règlement pouvait se justifier en vertu de l'article premier, le juge Krever a conclu que la prévention des dangers pour la sécurité des travailleurs qui doivent grimper dans les poteaux de service public et la prévention des dangers pour la circulation ne pouvaient justifier une interdiction absolue d'afficher sur toute propriété publique. Toutefois, il a accepté, à la p. 293, que l'intérêt qu'a la ville à prévenir les [TRADUCTION] «irritants visuels et esthétiques» posait un grave problème social tant du point de vue des coûts que de l'apparence, et que cet intérêt était suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. À son avis, il

test because it did not impair the *Charter* right as little as possible and the infringement of the right outweighed the legislative objective. Krever J.A. commented at p. 294:

That a value judgment is required is obvious and, in making it and in addressing the second and third stages, one must, I believe, stress the importance our society, and reflecting our society's views, our courts, attach to the interest of freedom of expression. I do not understand how it can be thought that the absolute prohibition with respect to all public property impairs the *Charter*-protected right of freedom of expression as little as possible. As between a total restriction of this important right and some litter, surely some litter must be tolerated. It would be a very different matter if the by-law purported to regulate where "posting" was permitted and where it was forbidden. But to enjoin a traditional form of expression in such absolute terms can hardly impair the right as little as possible. My reasoning with respect to the third stage is similar, as is my conclusion. The severe nature of the infringement of the right of freedom of expression outweighs the by-law's objectives.

Krever J.A. therefore found that the city had not met its burden of justifying the limitation. In so doing, he also noted the decision in *Re Forget* (1990), 74 D.L.R. (4th) 547 (Alta. Q.B.), in which McFadyen J. also found constitutionally invalid a similar by-law prohibiting the affixing of posters on utility poles. Krever J.A. accordingly found By-law No. 3270 constitutionally invalid and allowed the appeal, thereby setting aside the convictions and directing acquittals on both counts.

2. Dissenting Reasons (Galligan J.A.)

Galligan J.A. did not accept the respondent's assertion that the judgment of this Court in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, supported the view

existait indubitablement un lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif de prévention des irritants visuels. Toutefois, le règlement n° 3270 ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité parce qu'il ne portait pas le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte* et que la violation du droit l'emportait sur l'objectif législatif. Le juge Krever explique, à la p. 294:

[TRADUCTION] Il faut de toute évidence poser un jugement de valeur; ce faisant et en abordant les deuxième et troisième étapes, on doit, à mon avis, faire ressortir l'importance que notre société et nos tribunaux, qui reflètent les opinions de la société, attachent au droit à la liberté d'expression. Je ne comprends pas comment on peut croire que l'interdiction absolue relative à toute propriété publique porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. S'il faut choisir entre une restriction totale de ce droit important et la présence de quelques déchets, il faut certainement tolérer la présence de quelques déchets. Ce serait tout à fait différent si le règlement avait pour objet d'établir où «l'affichage» est permis et où il ne l'est pas. Toutefois, interdire en termes si absolus une forme traditionnelle d'expression ne saurait guère porter le moins possible atteinte au droit en question. Mon raisonnement à l'égard de la troisième étape est similaire, de même que ma conclusion. La gravité de l'atteinte au droit à la liberté d'expression l'emporte sur les objectifs du règlement.

Le juge Krever a donc conclu que la ville ne s'était pas acquittée de son obligation de justifier la restriction imposée. Ce faisant, il a également souligné la décision *Re Forget* (1990), 74 D.L.R. (4th) 547 (B.R. Alb.), dans laquelle le juge McFadyen a aussi déclaré inconstitutionnel un règlement semblable qui interdisait l'affichage sur des poteaux de service public. Le juge Krever a, en conséquence, conclu à l'inconstitutionnalité du règlement n° 3270 et a accueilli l'appel, annulant ainsi les déclarations de culpabilité et ordonnant que des verdicts d'acquiescement soient inscrits relativement aux deux chefs d'accusation.

2. Motifs de dissidence (le juge Galligan)

Le juge Galligan n'était pas d'avis, comme le soutenait l'intimé, que l'arrêt de notre Cour *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, permettait d'affirmer que la liberté

that freedom of expression includes the right to use public property to affix posters. He distinguished that case on the basis that it did not consider the provision in the airport regulations concerning the prohibition on placing or attaching things to airport property but only considered those portions of the by-law dealing with the right to conduct business or advertise at airports. Moreover, he stated that this Court's conclusion that in certain circumstances individuals have the right to use government property for the purpose of expressing themselves was not meant to extend to allow for the affixing of posters on public property. In his opinion, this Court's reasons should be interpreted as allowing for the use of public property in the sense of resorting to a particular location and not in the sense of making use of something as a means or instrument. In this regard, he noted at p. 298:

My reading of *Dorval Airport [Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada]* leads me to conclude that the issue decided by the Supreme Court of Canada was that if a person is at a location on public property to which the public has a general right of access, freedom of expression permits the direct communication of views to others by discussion, by distribution of written material or by carrying placards. The attaching of posters to public property is a very different use of public property because it is using that property as part of one's means of expression. The Supreme Court of Canada did not say that freedom of expression encompasses the right to use public property as a means or instrument of one's expression.

Galligan J.A. further reviewed the decision of Thurlow C.J. in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.). In that case, it was argued that the CRTC's direction limiting the renewal of certain television broadcasting licences violated s. 2(b). Thurlow C.J. found that s. 2(b) does not include the right to use someone else's property or public property noting that it does not give anyone the right to use "someone else's printing press to publish his ideas" (at p. 426). While acknowledging that Thurlow C.J.'s comments have to be read in light of *Committee for the Commonwealth of Canada*, Galligan J.A. nevertheless held at p. 299 that they still applied

d'expression comprend le droit d'utiliser une propriété publique à des fins d'affichage. Il a fait une distinction d'avec cette affaire en faisant valoir que notre Cour y avait examiné non pas la disposition du règlement applicable aux aéroports, qui interdisait de fixer ou de placer des choses dans un aéroport, mais seulement les parties du règlement ayant trait au droit de faire des affaires ou de la publicité dans les aéroports. Il a aussi affirmé que la conclusion de notre Cour, selon laquelle des personnes ont, dans certaines circonstances, le droit d'utiliser les propriétés du gouvernement pour s'exprimer, ne visait pas à permettre l'affichage sur des propriétés publiques. À son avis, les motifs de notre Cour devraient être interprétés comme permettant d'utiliser une propriété publique, dans le sens de recourir un endroit particulier et non dans le sens de se servir de quelque chose comme moyen d'expression. À cet égard, il fait remarquer, à la p. 298:

[TRADUCTION] En lisant l'arrêt sur l'aéroport de Dorval [*Comité pour la République du Canada c. Canada*], j'en viens à la conclusion que la Cour suprême du Canada a décidé que, si une personne se trouve dans une propriété publique à laquelle le public a un droit d'accès général, la liberté d'expression permet la communication directe d'opinions à autrui par la discussion, la distribution de documents écrits ou le port de pancartes. L'affichage sur une propriété publique est une utilisation fort différente de la propriété publique parce que l'on se trouve alors à l'utiliser comme moyen d'expression. La Cour suprême du Canada n'a pas dit que la liberté d'expression englobe le droit d'utiliser la propriété publique comme moyen d'expression.

Le juge Galligan a ensuite examiné les motifs du juge en chef Thurlow dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.). Dans cette affaire, on a soutenu que la décision du CRTC de limiter le renouvellement de certaines licences de télédiffusion allait à l'encontre de l'al. 2b). Le juge en chef Thurlow a conclu que l'al. 2b) ne comportait pas le droit d'utiliser le bien d'autrui ou une propriété publique, faisant remarquer qu'il ne confère nullement à une personne le droit d'utiliser «la presse d'imprimerie de quelqu'un d'autre pour publier ses idées» (à la p. 426). Tout en reconnaissant que les commentaires du juge Thurlow doivent être inter-

when the word “use” is used in the sense of making use of public property as part of one’s means of expression. In this sense, he disagreed with the conclusion of McFadyen J. in *Re Forget, supra* that freedom of expression includes the right to attach posters to public property.

Therefore, Galligan J.A. did not accept that there was any infringement of the respondent’s freedom of expression and would have dismissed the appeal. The by-law, in prohibiting the attachment of posters to objects on public property, did not prevent the respondent from doing anything encompassed within his freedom of expression. In this regard, Galligan J.A. stated at p. 299:

In the case at bar, what the [respondent] did was make use of certain public property as part of his means of expressing himself. While he clearly has freedom to express himself on public streets, he was doing more than that. He was using public property as part of his means of expression. It is now settled that his freedom of expression permitted him to advertise his group’s performances by having posters carried through the streets, by handing out handbills or communicating verbally with persons on the streets. But when he decided to use utility poles as a method of keeping his message in place, he made them part of the means by which he expressed himself. In my opinion, *Dorval Airport* does not say that freedom of expression encompasses any such activity.

IV. Issues

The issues raised on this appeal are whether an absolute ban on postering on public property infringes freedom of expression, and if so whether that infringement is justified under s. 1.

V. Analysis

A. *Section 2(b) of the Charter*

Under *Irwin Toy, supra*, there are two basic steps in the s. 2(b) analysis. First, one must deter-

prétés en fonction de l’arrêt *Comité pour la république du Canada*, le juge Galligan statue néanmoins, à la p. 299, qu’ils s’appliquent encore lorsque le terme [TRADUCTION] «utiliser» est employé dans le sens de se servir d’une propriété publique comme moyen d’expression. Sur ce point, il n’était pas d’accord avec la conclusion tirée par le juge McFadyen dans la décision *Re Forget*, précitée, voulant que la liberté d’expression comporte le droit de poser des affiches sur une propriété publique.

En conséquence, le juge Galligan n’a pas accepté qu’il y avait violation de la liberté d’expression de l’intimé et il aurait rejeté l’appel. En interdisant l’affichage sur une propriété publique, le règlement n’empêchait pas l’intimé d’accomplir ce qui fait partie de sa liberté d’expression. À cet égard, le juge Galligan affirme, à la p. 299:

[TRADUCTION] En l’espèce, il [l’intimé] a utilisé certaines propriétés publiques comme moyen d’expression. Bien qu’il possède nettement la liberté de s’exprimer sur les voies publiques, l’intimé faisait plus que cela. Il utilisait la propriété publique comme moyen d’expression. Il est maintenant établi que la liberté d’expression de l’intimé lui permettait d’annoncer les spectacles de son groupe par le port d’affiches sur la rue, la distribution de circulaires ou la communication verbale avec des passants. Toutefois, lorsqu’il a décidé d’utiliser les poteaux de service public pour communiquer son message, l’intimé s’en est servi comme moyen d’expression. À mon avis, l’arrêt de l’aéroport de *Dorval* ne signifie pas que la liberté d’expression englobe une telle activité.

IV. Les questions en litige

Il s’agit en l’espèce de déterminer si une interdiction absolue de poser des affiches sur une propriété publique porte atteinte à la liberté d’expression, et, dans l’affirmative, si cette atteinte est justifiée au sens de l’article premier.

V. Analyse

A. *L’alinéa 2b) de la Charte*

Selon l’arrêt *Irwin Toy*, précité, l’analyse fondée sur l’al. 2b) comporte deux étapes fondamentales.

mine whether the activity at issue falls within the scope of s. 2(b). This first step is itself a two-part inquiry. Does posting constitute expression? If so, is posting on public property protected by s. 2(b)? Under the second step of the s. 2(b) analysis, one must determine whether the purpose or effect of the by-law is to restrict freedom of expression.

1. Does Postering Constitute Expression?

Under *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 968-69, the first question to be asked in a case involving s. 2(b) is whether the activity conveys or attempts to convey a meaning. This is an easy inquiry in the present case, and indeed the appellant city of Peterborough has properly conceded that the respondent was engaging in expressive activity through the use of posters to convey a message. In the Court of Appeal, Krever J.A. held at pp. 291-92 that "[i]n informing the public, or those members of the public who read the [respondent's] posters, of a coming musical performance the posters conveyed a meaning". Postering has historically been an effective and relatively inexpensive means of communication. Posters have communicated political, cultural and social information for centuries. In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, this Court held that a law requiring public signs and posters to be printed only in French violated s. 2(b). Implicitly, this decision held that public signs and posters are a form of expression protected by s. 2(b). Regardless of whether the posters concerned constitute advertising, political speech or art, it is clear that they convey a meaning. Therefore, the first part of the s. 2(b) test is satisfied.

2. Is Postering on Public Property Protected by s. 2(b)?

The second question in the s. 2(b) inquiry is whether postering on public property falls within the scope of s. 2(b). In *Committee for the Com-*

Premièrement, il faut déterminer si l'activité en question relève de l'al. 2b). Cette première étape comporte elle-même deux volets. L'affichage est-il une forme d'expression? Dans l'affirmative, l'affichage sur une propriété publique est-il protégé par l'al. 2b)? À la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'al. 2b), il faut déterminer si le règlement a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression.

1. L'affichage est-il une forme d'expression?

En vertu de l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 968 et 969, la première question à se poser, dans une affaire mettant en cause l'al. 2b), est de savoir si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification. Il est facile d'y répondre en l'espèce et, en fait, l'appelante, la ville de Peterborough, a reconnu à bon droit que l'intimé exerçait une activité expressive en utilisant des affiches pour transmettre un message. Le juge Krever de la Cour d'appel a statué, aux pp. 291 et 292, qu'[TRADUCTION] «[e]n informant le public ou les membres du public qui lisent les affiches [de l'intimé], de la tenue prochaine d'un spectacle de musique, les affiches transmettaient une signification». L'affichage constitue historiquement un moyen de communication efficace et relativement peu coûteux. Les affiches servent depuis des siècles à communiquer des renseignements de nature politique, culturelle et sociale. Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, notre Cour a statué qu'une loi exigeant que l'affichage public soit en français seulement violait l'al. 2b). Implicitement, notre Cour a conclu que l'affichage est une forme d'expression protégée par l'al. 2b). Peu importe que les affiches en cause constituent de la publicité, un discours politique ou une expression artistique, il est évident qu'elles transmettent une signification. En conséquence, on satisfait à la première partie du critère de l'al. 2b).

2. L'affichage sur une propriété publique est-il protégé par l'al. 2b)?

La deuxième question à se poser, dans un examen fondé sur l'al. 2b), est de savoir si l'affichage sur une propriété publique relève de l'al. 2b). Dans

monwealth of Canada there were three separate approaches articulated as to the appropriate standard to be applied to determine whether expressive activity falling *prima facie* within s. 2(b) and occurring on public property is constitutionally protected. While these approaches have been subject to some criticism, (see, for example, Michael Kanter, "Balancing Rights Under Section 2(b) of the Charter: Case Comment on *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 489; B. Jamie Cameron, "A Bumpy Landing: The Supreme Court of Canada and Access to Public Airports Under Section 2(b) of the Charter" (1992), 2 *Media & Communications L. Rev.* 91), in my view it is neither necessary nor desirable to revisit *Committee for the Commonwealth of Canada* in the present case.

The broadest approach was taken by L'Heureux-Dubé J. who emphasized, at p. 198, that for those with scant resources, the use of public property may be the only means of engaging in expressive activity:

If members of the public had no right whatsoever to distribute leaflets or engage in other expressive activity on government-owned property (except with permission), then there would be little if any opportunity to exercise their rights of freedom of expression. Only those with enough wealth to own land, or mass media facilities (whose ownership is largely concentrated), would be able to engage in free expression. This would subvert achievement of the *Charter's* basic purpose as identified by this Court, i.e., the free exchange of ideas, open debate of public affairs, the effective working of democratic institutions and the pursuit of knowledge and truth. These eminent goals would be frustrated if for practical purposes, only the favoured few have any avenue to communicate with the public.

Nonetheless, L'Heureux-Dubé J. recognized that certain kinds of public property must remain outside of the scope of s. 2(b). She held that restrictions on the time, place and manner of expressive activity must be justified under s. 1, rather than within the s. 2(b) analysis. She stated,

l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, on a exprimé trois points de vue distincts quant à la norme applicable pour déterminer si la Constitution protège une activité expressive qui relève à première vue de l'al. 2b) et qui se déroule dans une propriété publique. Bien que ces points de vue aient fait l'objet de certaines critiques (voir par exemple, Michael Kanter, «Balancing Rights Under Section 2(b) of the Charter: Case Comment on *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 489; B. Jamie Cameron, «A Bumpy Landing: The Supreme Court of Canada and Access to Public Airports Under Section 2(b) of the Charter» (1992), 2 *Media & Communications L. Rev.* 91), il n'est ni nécessaire ni souhaitable à mon avis de revoir en l'espèce l'arrêt *Comité pour la République du Canada*.

Le juge L'Heureux-Dubé a adopté le point de vue le plus général en soulignant, à la p. 198, que, pour les personnes peu fortunées, l'utilisation de la propriété publique peut constituer leur seul moyen d'exercer une activité expressive:

Si les membres du public n'avaient absolument pas le droit de distribuer des brochures ou de participer à une autre activité expressive sur la propriété du gouvernement, sauf avec son autorisation, ils auraient très peu d'occasions d'exercer leur droit à la liberté d'expression. Seuls ceux qui sont assez fortunés pour être propriétaires fonciers ou qui ont accès à d'importants médias (dont la propriété est en grande partie concentrée) pourraient bénéficier de la liberté d'expression. Cela irait à l'encontre des objectifs fondamentaux de la *Charte* qu'a identifiés notre Cour, c'est-à-dire le libre échange des idées, la discussion ouverte des affaires publiques, le fonctionnement efficace des institutions démocratiques et la recherche de la connaissance et de la vérité. Ces objectifs éminemment louables seraient contrecarrés si, pour des raisons d'ordre pratique, seuls de rares privilégiés avaient la possibilité de communiquer avec le public.

Néanmoins, le juge L'Heureux-Dubé a reconnu que certains types de propriété publique ne doivent pas relever de l'al. 2b). Elle a statué que les restrictions quant aux heures, au lieu et au mode d'expression doivent être justifiées en vertu de l'article premier, plutôt que dans le cadre d'une analyse

at p. 198, that “some, but not all, government-owned property is constitutionally open to the public for engaging in expressive activity.” She then listed, at p. 203, the criteria for determining when public property will be considered a “public arena” and prohibitions on expressive activity thereon will not be justified under s. 1:

1. The traditional openness of such property for expressive activity.
2. Whether the public is ordinarily admitted to the property as of right.
3. The compatibility of the property’s purpose with such expressive activities.
4. The impact of the availability of such property for expressive activity on the achievement of s. 2(b)’s purposes.
5. The symbolic significance of the property for the message being communicated.
6. The availability of other public arenas in the vicinity for expressive activities.

Chief Justice Lamer reviewed the interest of the individual wishing to express him- or herself, and the government’s interest in ensuring effective operation of services and undertakings in accordance with their intended purpose. Lamer C.J. concluded as follows at p. 156:

In my opinion, the “freedom” which an individual may have to communicate in a place owned by the government must necessarily be circumscribed by the interests of the latter and of the citizens as a whole: the individual will only be free to communicate in a place owned by the state if the form of expression he uses is compatible with the principal function or intended purpose of that place.

fondée sur l’al. 2b). Elle affirme, à la p. 198, que «certaines propriétés gouvernementales, mais non la totalité, sont ouvertes au public, en vertu de la Constitution, afin que le public puisse participer à des activités expressives.» Elle énumère ensuite, à la p. 203, les critères qui serviront à déterminer dans quels cas une propriété publique sera considérée comme «une tribune publique» et les restrictions imposées à l’activité expressive à cet endroit ne seront pas justifiées en vertu de l’article premier:

1. La disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d’activité expressive.
2. L’accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit.
3. La compatibilité de l’objet de la propriété avec ces activités expressives.
4. Les conséquences de l’accessibilité de cette propriété, à des fins d’activité expressive, sur la réalisation des objets de l’al. 2b).
5. La signification symbolique de la propriété aux fins du message transmis.
6. L’accessibilité d’autres tribunes publiques, dans les environs, à des fins d’activité expressive.

Le juge en chef Lamer a examiné l’intérêt de la personne qui souhaite s’exprimer et l’intérêt qu’a le gouvernement à assurer que les services et les entreprises fonctionnent de manière efficace, conformément à leur destination. Le juge en chef Lamer conclut ceci, à la p. 156:

Selon moi, la «liberté» que peut avoir un individu de s’exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire doit nécessairement être balisée par les intérêts de celui-ci et de la masse des citoyens; l’individu ne sera libre de s’exprimer en un lieu dont l’État est propriétaire que si la forme d’expression qu’il emploie est compatible avec la fonction ou destination principale dudit lieu.

Lamer C.J. therefore held, at p. 157, that “if the expression takes a form that contravenes or is inconsistent with the function of the place where the attempt to communicate is made, such a form of expression must be considered to fall outside the sphere of s. 2(b).” He then considered, at p. 158, whether the form of expression used in that case was “compatible with the performance of the airport’s essential function.” He concluded, at p. 158, that “the distribution of pamphlets and discussion with certain members of the public are in no way incompatible with the airport’s primary function, that of accommodating the needs of the travelling public”.

McLachlin J. had a different approach, at pp. 236-37:

... the test for the constitutional right to use government property for public expression should conform to the following criteria. It should be based on the values and interests at stake and not be confined to the characteristics of particular types of government property. Reflecting the concepts traditionally associated with free expression, it should extend constitutional protection to expression on some but not all government property. The analysis under s. 2(b) should focus on determining when, as a general proposition, the right to expression on government property arises. The task at this stage should be primarily definitional rather than one of balancing, and the test should be sufficiently generous to ensure that valid claims are not excluded for want of proof. Once it has been determined that the expression in question at the location in question falls within the scope of s. 2(b) thus defined, the further question arises of whether the government’s limitation on the property’s use for the expression in question is justified under s. 1. At this stage the concern should be primarily one of weighing and balancing the conflicting interests—the individual’s interest in using the forum in question for his or her expressive purposes against the state’s interest in limiting the expression on the particular property.

Under this approach, at p. 239, once the activity in question is found to be expression,

a further enquiry into the purpose served by the expression in question must be made before it can be found

Le juge en chef Lamer conclut donc, à la p. 157, qu’«il faut considérer que si l’expression adopte une forme qui contrevient ou est incompatible avec la fonction de l’endroit où l’on tente de s’exprimer, une telle forme d’expression ne tombe pas sous le coup de l’al. 2b)». Il examine ensuite, à la p. 158, si la forme d’expression utilisée en l’espèce est «compatible avec la fonction essentielle de l’aéroport.» Il conclut, à la p. 158, que «la distribution de dépliants et la discussion avec certains membres du public ne sont d’aucune façon incompatibles avec la fonction principale de l’aéroport, c.-à-d., accommoder les besoins du public voyageur».

Le juge McLachlin adopte un point de vue différent, aux pp. 236 et 237:

... le critère d’application du droit constitutionnel d’utiliser une propriété gouvernementale à des fins d’expression publique devrait tenir compte des facteurs suivants. Il devrait être fondé sur les valeurs et les intérêts en jeu et non se limiter aux caractéristiques de différents genres de propriétés gouvernementales. Reflétant les concepts associés traditionnellement à la liberté d’expression, il devrait prévoir la protection constitutionnelle de l’expression non pas dans toutes les propriétés gouvernementales mais dans certaines seulement. L’analyse fondée sur l’al. 2b) devrait être axée sur la question de savoir dans quelles circonstances, de façon générale, le droit à l’expression dans une propriété gouvernementale est en cause. À ce stade, il s’agirait surtout d’un rôle de définition plutôt que d’évaluation, et le critère devrait être assez large pour que les revendications régulières ne soient pas exclues, faute de preuve. Après avoir conclu que l’expression en cause, à l’endroit en cause, tombe dans le champ d’application de l’al. 2b) ainsi défini, il faut alors déterminer si la restriction imposée par le gouvernement à l’utilisation de la propriété aux fins de l’expression en question se justifie en vertu de l’article premier. On devrait alors se préoccuper surtout de soupeser et d’évaluer les intérêts opposés—l’intérêt qu’a le citoyen à utiliser le forum en cause à des fins d’expression par rapport à l’intérêt qu’a l’État à restreindre l’expression dans ladite propriété.

Selon ce point de vue, à la p. 239, dès que l’on conclue que l’activité en question est une forme d’expression,

il faut également procéder à l’examen de l’objectif servi par l’expression en cause avant de conclure à l’applica-

that s. 2(b) applies. In a case where the restriction involves a state-owned property, that examination will focus on whether the forum's relationship with the particular expressive activity invokes any of the values and principles underlying the guarantee. The effect of that inquiry is to screen out many potential claims to the use of government property as the forum for public expression.

In this case, it is not necessary to determine which of the three approaches should be adopted. Regardless of the approach chosen, it is clear from *Committee for the Commonwealth of Canada* that posting on some public property is protected by s. 2(b). A brief discussion of each approach in the context of this case makes this conclusion self-evident.

Under the approach proposed by L'Heureux-Dubé J., all restrictions on expressive activity on public property violate s. 2(b). Place restrictions must be justified under s. 1 which will be discussed below. In my view, an application of the factors enumerated by L'Heureux-Dubé J. clearly leads to the conclusion that this by-law could not be justified under s. 1.

Using Lamer C.J.'s approach, we must balance the interest of the respondent in publicizing the performances of his band, against the state interest in ensuring effective and safe operation of services. In this case, the public property used by the respondent to convey his message was utility poles. The question to be asked is therefore whether attaching posters to public utility poles is incompatible with the poles' use of carrying utility transmission lines. In my opinion, it is not. In this regard, I would adopt the words of McFadyen J. in *Re Forget, supra* at p. 557: "Generally speaking, a poster does not interfere with the use of the utility pole as a utility pole. It does not deprive the public of the use of such a pole." Without considering other types of public property, it is clear that posting on some public property, including utility

tion de l'al. 2b). Dans le cas où la restriction vise une propriété d'État, l'examen consiste à déterminer si le lien existant entre le forum et l'activité d'expression en cause soulève l'une des valeurs ou [l'un] des principes qui sous-tendent la garantie. Cet examen a pour effet d'éliminer bien des revendications potentielles du droit d'utiliser une propriété gouvernementale comme forum pour l'expression publique.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer lequel de ces trois points de vue devrait être adopté. Quel que soit le point de vue choisi, il ressort nettement de l'arrêt *Comité pour la République du Canada* que l'affichage sur certaines propriétés publiques est protégé par l'al. 2b). Si on analyse brièvement chaque point de vue dans le contexte du présent pourvoi, cette conclusion s'impose.

Selon le point de vue préconisé par le juge L'Heureux-Dubé, toutes les restrictions à l'activité expressive sur une propriété publique violent l'al. 2b). Les restrictions quant au lieu doivent être justifiées en vertu de l'article premier, comme nous le verrons plus loin. À mon avis, l'application des facteurs énumérés par le juge L'Heureux-Dubé mène de toute évidence à la conclusion que le règlement en l'espèce ne saurait être justifié en vertu de l'article premier.

Selon le point de vue adopté par le juge en chef Lamer, nous devons soupeser l'intérêt qu'a l'intimé à annoncer les spectacles donnés par son orchestre et celui qu'a l'État à assurer le fonctionnement efficace et sûr de ses services. En l'espèce, les biens publics que l'intimé a utilisé pour transmettre son message sont les poteaux de service public. Il faut donc se demander si l'affichage sur des poteaux de service public est incompatible avec l'utilisation de ces poteaux pour porter les lignes de transmission. À mon avis, il ne l'est pas. À cet égard, j'adopterais les propos tenus par le juge McFadyen dans la décision *Re Forget*, précitée, à la p. 557: [TRADUCTION] «En général, une affiche ne gêne pas l'utilisation du poteau de service public comme tel. Elle ne prive pas le public de l'utilisation de ce poteau.» Sans examiner d'autres types de propriété publique, il est évident que l'affichage sur certaines propriétés publiques,

poles, is compatible with the primary function of that property.

Finally, under McLachlin J.'s approach, the question to be asked is whether posting on public property, and in particular on utility poles, furthers any of the values or purposes underlying s. 2(b). In *Irwin Toy*, this Court articulated the values underlying freedom of expression at p. 976:

... (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed.

In this case, one does not have to go further than the second value articulated in *Irwin Toy*, namely participation in social and political decision-making. As I noted above, posters have communicated political, cultural and social information for centuries. Posting on public property including utility poles increases the availability of these messages, and thereby fosters social and political decision-making. In *Re Forget, supra*, at pp. 557-58, McFadyen J. observed that

after the invention of modern printing technology, posters have come to be generally used as an effective, inexpensive means of communication. Posters have been used by governments to publish notices dealing with health, immigration, voters' lists, recruitment of armies, etc. Posters have been used by political parties, private and charitable organizations and by individuals. They convey messages, give notice of meetings and fairs. . . . [I]n societies where the government tends to repress opposition ideas, posters are the only means of communicating opposition ideas to a large number of people.

In *Fink v. Saskatoon (City of)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3431, at p. D/3440, a Saskatchewan

dont les poteaux de service public, est compatible avec la fonction première de ces propriétés.

Enfin, selon le point de vue du juge McLachlin, il faut se demander si l'affichage sur une propriété publique, plus particulièrement sur des poteaux de service public, favorise l'une des valeurs ou des fins qui sous-tendent l'al. 2b). Dans l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour formule, à la p. 976, les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression:

... (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la deuxième valeur formulée dans l'arrêt *Irwin Toy*, savoir la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique. Comme je l'ai déjà souligné, les affiches servent depuis des siècles à transmettre des renseignements de nature politique, culturelle et sociale. L'affichage sur une propriété publique, dont les poteaux de service public, accroît l'accessibilité à ces messages et favorise la prise de décisions d'intérêt social et politique. Dans la décision *Re Forget*, précitée, aux pp. 557 et 558, le juge McFadyen fait remarquer:

[TRADUCTION] . . . à la suite de l'invention de la technologie moderne d'impression, les affiches en sont généralement venues à servir de moyen de communication efficace et peu coûteux. Les affiches ont été utilisées par le gouvernement pour la publication d'avis en matière de santé, d'immigration, de listes électorales, de recrutement pour l'armée, etc. Les affiches ont été utilisées par des partis politiques, des organisations privées et charitables et par des particuliers. Elles transmettent des messages, donnent des avis de réunions et de foires [. . .] [D]ans les sociétés où le gouvernement tend à réprimer les idées de l'opposition, les affiches constituent le seul moyen pour l'opposition de communiquer ses idées à un grand nombre de personnes.

Dans *Fink c. Saskatoon (City of)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3431, à la p. D/3440, une commis-

Board of Inquiry found that a prohibition of posting in Saskatoon violated freedom of expression under the *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1. In its decision, the Board referred to the evidence of the art historian Robert Stacey, author of *The Canadian Poster Book: 100 Years of the Poster in Canada* (at p. D/3440):

[Mr Stacey] testified it was early recognized that posters were an effective and inexpensive way of reaching a large number of persons. In order to be effective, posters of course must be affixed to a surface and publicly displayed. Posters are traditionally used by minority groups to publicize new ideas or causes. Posters are both a political weapon and an educational device. According to Mr. Stacey, one measure of the openness of a democratic society has been the willingness of the authorities to allow posting. . . . Posters are an economic way of spreading a message. Utility poles have become the preferred posting place since the inception of the telephone system. . . . Posters have always been a medium of communication of revolutionary and unpopular ideas. They have been called "the circulating libraries of the poor." They have been not only a political weapon but also a means of communicating artistic, cultural and commercial messages. Their modern day use for effectively and economically conveying a message testifies to their venerability through the ages. [Emphasis added.]

I would adopt this characterization of the relationship between the message and the forum in the present case. In my view, it is clear that posting on public property, including utility poles, fosters political and social decision-making and thereby furthers at least one of the values underlying s. 2(b).

Before leaving this branch of the analysis, I must address the concerns raised by Galligan J.A., dissenting in the Court of Appeal, who came to a different conclusion on this issue. He distinguished between using a public forum as an instrument of expression and conduct at a public forum. In his view, this Court's decisions in *Committee for the*

sion d'enquête de la Saskatchewan a statué qu'une interdiction d'affichage à Saskatoon violait la liberté d'expression garantie par le *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1. Dans sa décision, la commission a mentionné le témoignage de l'historien de l'art Robert Stacey, auteur de l'ouvrage *The Canadian Poster Book: 100 Years of the Poster in Canada* (à la p. D/3440):

[TRADUCTION] [M. Stacey] a témoigné que l'on a tôt fait de reconnaître que les affiches constituaient un moyen efficace et peu coûteux d'atteindre un grand nombre de personnes. Pour être efficace, une affiche doit être apposée sur une surface et exposée en public. Les affiches sont traditionnellement utilisées par les groupes minoritaires pour rendre publiques de nouvelles idées ou causes. Les affiches sont à la fois une arme politique et un instrument pédagogique. Selon M. Stacey, une mesure de l'ouverture d'esprit d'une société démocratique a résidé dans la volonté des autorités de permettre l'affichage [. . .] L'affichage constitue un moyen économique de diffuser un message. Les poteaux de service public sont devenus le lieu d'affichage préféré depuis l'avènement du réseau téléphonique [. . .] Les affiches ont toujours été un moyen de communication des idées révolutionnaires et peu populaires. On leur a donné le nom de «bibliothèques des personnes démunies». Les affiches ont constitué non seulement une arme politique, mais encore un moyen de communiquer des messages de nature artistique, culturelle et commerciale. L'utilisation contemporaine d'affiches pour transmettre un message de façon efficace et économique témoigne de la vénération dont elle a fait l'objet à travers les âges. [Je souligne.]

C'est cette caractérisation du rapport entre le message et la tribune que j'adopterais en l'espèce. À mon avis, il est évident que l'affichage sur une propriété publique, y compris les poteaux de service public, encourage la prise de décisions d'intérêt social et politique et favorise ainsi au moins l'une des valeurs sous-jacentes de l'al. 2b).

Avant de mettre fin à ce volet de l'analyse, je dois aborder les préoccupations soulevées par le juge Galligan, dissident en Cour d'appel, qui est arrivé à une conclusion différente sur ce point. Il a établi une distinction entre l'utilisation d'une tribune publique comme moyen d'expression et la conduite adoptée dans une tribune publique. Selon

Commonwealth of Canada allow for the use of public property in the sense of expressing oneself in a particular location, rather than allowing for the use of public property as a means of expression. I repeat his views at p. 298:

My reading of *Dorval Airport [Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada]* leads me to conclude that the issue decided by the Supreme Court of Canada was that if a person is at a location on public property to which the public has a general right of access, freedom of expression permits the direct communication of views to others by discussion, by distribution of written material or by carrying placards. The attaching of posters to public property is a very different use of public property because it is using that property as part of one's means of expression. The Supreme Court of Canada did not say that freedom of expression encompasses the right to use public property as a means or instrument of one's expression.

With respect, I do not find this distinction between using public space for leaflet distribution and using public property for the display of posters persuasive. Surely the appellants in *Committee for the Commonwealth of Canada* were "using" the public property in question to convey their message, just as the respondent in this case was "using" the utility poles to convey his. One could "use" a utility pole to express oneself in many different ways: by sticking a poster to it by attaching a speaker to it to amplify a speech or even by climbing on it to gain a speaking platform. The question should not be whether or how the speaker uses the forum, but rather whether that use of the forum either furthers the values underlying the constitutional protection of freedom of expression (the McLachlin J. approach) or is compatible with the primary function of the property (the Lamer C.J. approach).

Therefore, I would conclude that, under any of the approaches proposed in *Committee for the Commonwealth of Canada*, the first step in the *Irwin Toy* analysis is satisfied. Posting on some public property, including the public property at issue in the present case, is protected under s. 2(b).

lui, les décisions de notre Cour dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada* permettent d'utiliser une propriété publique dans le sens de s'exprimer dans un endroit particulier, et non pas de s'en servir comme moyen d'expression. Je répète l'opinion qu'il exprime à la p. 298:

[TRADUCTION] En lisant l'arrêt sur l'aéroport de Dorval [*Comité pour la République du Canada c. Canada*], j'en viens à la conclusion que la Cour suprême du Canada a décidé que, si une personne se trouve dans une propriété publique à laquelle le public a un droit d'accès général, la liberté d'expression permet la communication directe d'opinions à autrui par la discussion, la distribution de documents écrits ou le port de pancartes. L'affichage sur une propriété publique est une utilisation fort différente de la propriété publique parce que l'on se trouve alors à l'utiliser comme moyen d'expression. La Cour suprême du Canada n'a pas dit que la liberté d'expression englobe le droit d'utiliser la propriété publique comme moyen d'expression.

En toute déférence, je ne juge pas convaincante cette distinction entre l'utilisation d'un endroit public pour distribuer des dépliants et l'utilisation d'une propriété publique à des fins d'affichage. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, les appelants «utilisaient» certainement la propriété publique en question pour transmettre leur message, tout comme l'intimé en l'espèce a «utilisé» les poteaux de service public pour transmettre le sien. On pourrait «utiliser» un poteau de service public pour s'exprimer de diverses façons: en y apposant une affiche, en y fixant un haut-parleur pour faire un discours, ou même en y grim pant pour s'en servir comme tribune. La question devrait être non pas de savoir si ou comment l'orateur utilise la tribune, mais plutôt de savoir si l'utilisation de la tribune favorise les valeurs qui sous-tendent la protection constitutionnelle de la liberté d'expression (point de vue du juge McLachlin) ou si elle est compatible avec la fonction première de la propriété (point de vue du juge en chef Lamer).

Je conclurais donc que, quelle que soit le point de vue proposé dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, on satisfait à la première étape de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Irwin Toy*. L'affichage sur certaines propriétés publiques, y compris la propriété publique ici en cause, est pro-

The focus then moves to the question of whether the purpose or effect of the by-law is to restrict freedom of expression.

3. The Purpose of the By-law

It seems evident that the by-law is aimed at the consequences of the particular conduct in question, and is not tied to content. On its face the by-law is content-neutral and prohibits all messages from being conveyed in a certain manner and at certain places. The by-law is directed at avoiding the consequences associated with posting, namely litter, aesthetic blight, traffic hazards and hazards to persons engaged in repair and maintenance. In *Irwin Toy Ltd.*, *supra*, at p. 975, Dickson C.J. noted that a rule against littering is not a restriction “tied to content”. Rather, “[i]t aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning”. The court below held that the purpose of the by-law is “meritorious” and not to restrict expression. I would agree.

4. The Effect of the By-law

In *Irwin Toy*, *supra* at pp. 976-77, Dickson C.J. discussed the burden on the individual seeking to establish that the effect of governmental action violates s. 2(b). After repeating the three principles and values underlying the protection of free expression in our society, he stated:

In showing that the effect of the government’s action was to restrict her free expression, a plaintiff must demonstrate that her activity promotes at least one of these principles. It is not enough that shouting, for example, has an expressive element. If the plaintiff challenges the effect of government action to control noise, presuming that action to have a purpose neutral as to expression, she must show that her aim was to convey a meaning reflective of the principles underlying freedom of expression.

It is clear that the effect of the by-law is to limit expression. The absolute prohibition of posting

tégé en vertu de l’al. 2b). Il s’agit ensuite de savoir si le règlement a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d’expression.

a 3. L’objet du règlement

Il semble évident que le règlement vise les conséquences de la conduite particulière en question et n’est pas lié au contenu. À première vue, le règlement est neutre quant au contenu et interdit de transmettre tous les messages d’une certaine façon et à certains endroits. Le règlement vise à éviter les conséquences liées à l’affichage, savoir les déchets jetés dans la rue, les irritants esthétiques, les dangers pour la circulation et les personnes qui effectuent des travaux de réparation et d’entretien. Dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 975, le juge en chef Dickson souligne qu’une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n’est pas une restriction «liée au contenu». Au contraire, «[e]lle vise à régir les conséquences matérielles d’une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification». La Cour d’appel a statué que l’objet du règlement est [TRADUCTION] «louable» et ne vise pas à restreindre l’expression. Je suis d’accord.

f 4. L’effet du règlement

Dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 976 et 977, le juge en chef Dickson examine le fardeau dont doit s’acquitter la personne qui veut établir que l’effet de l’action gouvernementale viole l’al. 2b). Après avoir répété les trois principes et valeurs qui sous-tendent la protection de la liberté d’expression dans notre société, il affirme:

Pour démontrer que l’action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d’expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes. Par exemple, il ne suffirait pas de dire que des cris comportent un élément d’expression. Si la demanderesse conteste l’effet d’une action gouvernementale qui vise à réglementer le bruit, dans l’hypothèse que le but de cette action est neutre quant à l’expression, elle doit démontrer que son but est de transmettre un message qui reflète les principes qui sous-tendent la liberté d’expression.

Il est évident que le règlement a pour effet de restreindre l’expression. L’interdiction absolue d’affi-

on public property prevents the communication of political, cultural and artistic messages. The appellant did not dispute that the effect of the by-law is to restrict expression, but rather argued that posting on public property does not further any of the values underlying s. 2(b). As I have already concluded, the expression in question promotes political and social discourse, one of the underlying purposes of s. 2(b). Therefore, the respondent has established a violation of s. 2(b), and the analysis now proceeds to s. 1.

B. Section 1

The objective of the by-law is pressing and substantial. The by-law seeks to avoid littering, aesthetic blight, traffic hazards, and hazards to persons engaged in the repair and maintenance of utility poles. Similarly, the total ban is rationally connected to these objectives. By prohibiting posters entirely, litter, aesthetic blight and associated hazards are avoided.

The question therefore becomes whether the by-law restricts expression as little as is reasonably possible. The limitation at issue in the present case is a complete ban on posting on public property. In *Ford, supra*, at p. 772, the Court discussed the “distinction between the negation of a right or freedom and a limit on it”. While the negation of a right or freedom does not necessarily require that such an infringement not be upheld under s. 1, “the distinction between a limit that permits no exercise of a guaranteed right or freedom in a limited area of its potential exercise and one that permits a qualified exercise of it may be relevant to the application of the test of proportionality under s. 1” (at p. 773). In *Ford*, the Court held that a complete prohibition on the use of languages other than French on commercial signs could not meet the requirements of the proportionality test, particularly the rational connection and minimal impairment branches. In contrast, in *Irwin Toy, supra*, the Court upheld substantial content-based restrictions

cher sur une propriété publique empêche la communication de messages de nature politique, culturelle et artistique. L'appelante n'a pas contesté que le règlement a pour effet de restreindre l'expression, mais elle a plutôt soutenu que l'affichage sur une propriété publique ne favorise pas l'une ou l'autre des valeurs qui sous-tendent l'al. 2b). Comme je l'ai déjà conclu, l'expression en question encourage le discours politique et social, qui est l'un des objets sous-jacents de l'al. 2b). En conséquence, l'intimé a établi qu'il y avait eu violation de l'al. 2b) et il y a lieu maintenant de passer à l'analyse fondée sur l'article premier.

B. L'article premier

L'objectif du règlement est urgent et réel. Ce règlement cherche à éviter la présence de déchets dans la rue, les irritants esthétiques, ainsi que les dangers pour la circulation et les personnes qui effectuent la réparation et l'entretien des poteaux de service public. De même, l'interdiction totale a un lien rationnel avec ces objectifs. En interdisant complètement l'affichage, on se trouve à éviter la présence de déchets dans la rue, les irritants esthétiques et les dangers connexes.

Il s'agit donc de savoir si le règlement restreint l'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible. La restriction en cause en l'espèce est une interdiction totale d'afficher sur une propriété publique. Dans l'arrêt *Ford*, précité, à la p. 772, notre Cour a analysé la «distinction entre la négation et la restriction d'un droit ou d'une liberté». Bien que la négation d'un droit ou d'une liberté n'exige pas nécessairement que cette violation ne soit pas maintenue en vertu de l'article premier, «la distinction entre une restriction qui interdit l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis dans un domaine limité où il pourrait être exercé et une restriction qui permet un exercice restreint peut être pertinente pour l'application du critère de proportionnalité en vertu de l'article premier» (p. 773). Dans l'arrêt *Ford*, notre Cour a statué qu'une interdiction totale d'utiliser une autre langue que le français sur les enseignes commerciales ne pouvait satisfaire aux exigences du critère de proportionnalité, notamment aux volets du lien

(as opposed to a total ban) on advertising directed at children. It will therefore be more difficult to justify a complete ban on a form of expression than time, place or manner restrictions.

The U.S. Supreme Court considered a similar prohibition in *Members of the City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789 (1984). Stevens J. for the majority of the court (Burger C.J. and White, Powell, Rehnquist and O'Connor JJ. concurring) accepted that the city's interest in avoiding visual clutter was sufficient to justify the complete prohibition on posting and that the ban curtailed speech no more than was necessary to accomplish its purpose. The majority rejected the argument that the public property concerned was a "public forum" protected by the First Amendment, or should be treated as a "public forum".

However, I find more helpful the dissent of Brennan J. (Marshall and Blackmun JJ. concurring) which discussed, at p. 830, less restrictive alternatives than a complete ban on posting:

... [the City] might actively create a particular type of environment; it might be especially vigilant in keeping the area clean; it might regulate the size and location of permanent signs; or it might reserve particular locations, such as kiosks, for the posting of temporary signs. Similarly, Los Angeles might be able to attack its visual clutter problem in more areas of the City by reducing the stringency of the ban, perhaps by regulating the density of temporary signs, and coupling that approach with additional measures designed to reduce other forms of visual clutter.

With regard to the objectives identified by the appellant in the present case, worker safety is only affected with respect to posters attached to wooden utility poles. The by-law extends to trees, all types

rationnel et de l'atteinte minimale. Par contre, dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, notre Cour a maintenu les restrictions importantes quant au contenu (par opposition à une interdiction totale) de la publicité destinée aux enfants. Il sera, en conséquence, plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que les restrictions quant aux heures, au lieu et au mode d'expression.

La Cour suprême des États-Unis a examiné une interdiction similaire dans l'arrêt *Members of the City Council of Los Angeles c. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789 (1984). Le juge Stevens, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour (avec l'appui du juge en chef Burger et des juges White, Powell, Rehnquist et O'Connor) a reconnu que l'intérêt que la ville avait d'éviter l'encombrement visuel suffisait à justifier l'interdiction totale d'afficher et que cette interdiction ne restreignait pas le discours plus que cela n'était nécessaire pour atteindre son objectif. La Cour à la majorité a rejeté l'argument selon lequel la propriété publique en cause constituait une «tribune publique» protégée par le Premier amendement, ou devrait être considérée comme une «tribune publique».

Toutefois, je trouve plus utile les motifs de dissidence du juge Brennan (auxquels ont souscrit les juges Marshall et Blackmun) qui, à la p. 830, analyse des solutions de rechange moins restrictives qu'une interdiction totale d'afficher:

[TRADUCTION] ... [la ville] pourrait activement créer un type particulier d'environnement; elle pourrait tout particulièrement veiller à garder le secteur propre, elle pourrait réglementer la taille et l'emplacement des enseignes permanentes, ou elle pourrait réserver des endroits précis, comme des kiosques, pour l'affichage d'enseignes temporaires. De même, la ville de Los Angeles pourrait s'attaquer au problème de l'encombrement visuel dans plus de secteurs de la ville en limitant la rigueur de l'interdiction, peut-être en réglementant la concentration d'enseignes temporaires, et en adoptant aussi des mesures destinées à réduire d'autres types d'encombrement visuel.

Pour ce qui est des objectifs identifiés par l'appelante en l'espèce, la sécurité des travailleurs n'est compromise que si les affiches sont apposées sur des poteaux de service public en bois. Le règle-

of poles, and all other public property. Traffic safety is only affected where posters are displayed facing roadways. The application of the by-law is not so restricted.

In *Re Forget, supra*, at p. 561, McFadyen J. suggested some alternatives to a total ban:

... such values might equally be preserved by regulating the use of the poles for such purposes by specifying or regulating the location, size of posters, the length of time that a poster might remain in any location, the type of substance used to affix posters, and requiring that the posters be removed after a certain specified time. If necessary, a reasonable fee could be imposed to defray costs of administering such a system.

These kinds of alternatives could control the concerns of litter and aesthetic blight in a manner which is far less restrictive than the by-law. In my view, the total ban on posting on public property does not impair the right as little as is reasonably possible, given the many alternatives available to the appellant.

Moreover, the benefits of the by-law are limited while the abrogation of the freedom is total, thus proportionality between the effects and the objective has not been achieved. While the legislative goals are important, they do not warrant the complete denial of access to a historically and politically significant form of expression. I would agree with the majority of the Ontario Court of Appeal, at p. 294, on this point that "[a]s between a total restriction of this important right and some litter, surely some litter must be tolerated". Therefore, the by-law cannot be justified under s. 1.

ment vise les arbres, tous les types de poteaux et toutes les autres propriétés publiques. En outre, il n'y a atteinte à la sécurité routière que dans la mesure où les affiches sont placées de façon à être dirigés vers les conducteurs. L'application du règlement n'est pas restreinte ainsi.

Dans la décision *Re Forget*, précitée, à la p. 561, le juge McFadyen propose certaines solutions de rechange au lieu d'une interdiction totale:

[TRADUCTION] ... ces valeurs pourraient également être préservées si on réglementait l'utilisation des poteaux à de telles fins, en précisant ou en réglementant le lieu où l'affichage est permis, la taille des affiches et la durée pendant laquelle elles peuvent y rester accrochées, le genre de substance qui peut être utilisée pour apposer les affiches, et en exigeant qu'elles soient enlevées après une certaine période. Au besoin, un tarif raisonnable pourrait être imposé pour défrayer l'administration d'un tel système.

Ces types de solutions de rechange pourraient permettre de dissiper les préoccupations relatives à la présence de déchets dans la rue et aux irritants esthétiques d'une façon beaucoup moins restrictive que le règlement en cause. À mon avis, l'interdiction totale d'afficher sur une propriété publique ne porte pas atteinte au droit en question aussi peu que cela est raisonnablement possible, compte tenu des nombreuses solutions de rechange dont dispose l'appelante.

De plus, les avantages du règlement sont limités, alors que l'abrogation de la liberté est totale; ainsi on n'a pas réalisé la proportionnalité entre les effets et l'objectif visé. Bien que les objectifs législatifs soient importants, ils ne justifient pas le refus total de donner accès à une forme d'expression historiquement et politiquement importante. Sur ce point, je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité qui affirme, à la p. 294, que [TRADUCTION] «[s]'il faut choisir entre une restriction totale de ce droit important et la présence de quelques déchets, il faut certainement tolérer la présence de quelques déchets». En conséquence, le règlement ne saurait être justifié en vertu de l'article premier.

VI. Conclusion and Disposition

I would conclude, therefore, that under any of the approaches proposed in *Committee for the Commonwealth of Canada*, posting on some ^a public property, including the public property at issue in the present case, is protected under s. 2(b). Therefore the by-law is a limit on s. 2(b). This limit cannot be justified under s. 1 as it is overly ^b broad and its impact on freedom of expression is disproportionate to its objectives.

For the foregoing reasons, I would therefore dismiss the appeal with costs, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 1 and 2 of the Corporation of the City of Peterborough By-law 3270 (as amended by By-law 1982-147) limit the right guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, are such limits demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

No.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gardiner, Roberts, Toronto.

Solicitors for the respondent: Stikeman, Elliot, Toronto.

Solicitor for the intervener 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 of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

VI. Conclusion et dispositif

En conséquence, je conclus que, d'après l'un ou l'autre des points de vue préconisés dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, l'affichage sur certaines propriétés publiques, y compris la propriété publique en cause, constitue une activité protégée en vertu l'al. 2b). En conséquence, le règlement constitue une restriction au droit garanti par l'al. 2b). Cette restriction ne saurait se justifier en vertu de l'article premier parce qu'elle est trop générale et que son incidence sur la liberté d'expression est disproportionnée à ses objectifs.

^c Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les articles 1 et 2 du règlement 3270 de la corporation municipale de Peterborough (modifié par le règlement 1982-147) limitent-ils le droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de ces limites peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

Non.

Pourvoi rejeté avec dépens.

^g *Procureurs de l'appelante: Gardiner, Roberts, Toronto.*

^h *Procureurs de l'intimé: Stikeman, Elliot, Toronto.*

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

ⁱ *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

^j *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

Solicitor for the intervener the Corporation of the City of Toronto: Dennis Y. Perlin, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Corporation municipale de Toronto: Dennis Y. Perlin, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, a Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

INDEX

APPEAL

1. Leave to appeal — Court of Appeal — Companies' Creditors Arrangement Act — Panel of British Columbia Court of Appeal having jurisdiction to hear appeal from order of single justice on application for leave to appeal under Companies' Creditors Arrangement Act.

WESTAR MINING LTD. (RE), 448.

2. Leave to appeal — Court of Appeal — Companies' Creditors Arrangement Act — Proceedings for obtaining leave to appeal taken within 21 days after rendering of order being appealed — Provisions of Companies' Creditors Arrangement Act complied with.

WESTAR MINING LTD. (RE), 448.

CHARTER OF RIGHTS

Criminal law — Evidence — Unreasonable search and seizure — Evidence admitted under s. 24(2) of Charter — Court of Appeal erred in reversing trial judge's finding that the evidence should not be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. GONCALVES, 3.

CIVIL RIGHTS

Discrimination in public facilities — Services customarily available to the public — Master's student denied rating sheet and key to faculty building because of mental disability — Whether university discriminated against student with respect to services "customarily available to the public" — Meaning of the word "public" — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3.

UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA V. BERG, 353.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Liberty of the person — Fundamental justice — Parole — Mandatory supervision — Parole Act amended to change conditions for release on mandatory supervision — Whether amendment amounts to denial of prisoner's liberty contrary to principles of fundamental justice — Canadian

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii).

CUNNINGHAM V. CANADA, 143.

2. Charter of Rights — Right to counsel — Detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. V. HAWKINS, 157.

3. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Five months' systemic delay between charge and committal not unreasonable — Substantial part of delay after committal explained or waived — Balance of delay after committal not unreasonable — Stay of proceedings not justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. SLANEY, 228.

4. Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying prisoners from voting unconstitutional — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3.

SAUVÉ V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 438.

5. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Most of delay waived, caused by accused or attributable to inherent requirements of case — Whether or not appellate proceedings covered by Charter, delay in this case not unreasonable.

R. V. D. (A.), 441.

6. Division of powers — Property and civil rights — Criminal Code provision dealing with excessive interest — Whether or not provision within provincial powers — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

ARTELL DEVELOPMENTS LTD. V. 677950 ONTARIO LTD., 443.

7. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused hospitalized following car accident — Blood samples taken for medical purposes — Results of blood-alcohol analysis obtained by police in violation of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Admission of results of blood-alcohol analysis not bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. ERICKSON, 649.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

8. Education — Reform of organization of Quebec school boards — Creation of linguistic school boards — Denominational status — Right to dissent — Constitution Act, 1867, s. 93 — Education Act, S.Q. 1988, c. 84, ss. 49, 111, 122, 123, 124, 126 to 139, 206, 223, 227, 230, 261, 354, 423, 424, 425, 428, 439, 519, 521, 522, 527, 568.

REFERENCE RE *EDUCATION ACT* (QUE.), 511.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Arbitrary detention — Peace officer entering private home without a warrant to arrest accused for a provincial offence — Accused's rights under ss. 7 and 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms not infringed.

R. v. MACCOH, 802.

10. Right to trial within reasonable delay — Stay of proceedings granted but overturned on appeal — Whether pre-trial delay unreasonable — Whether pre-trial delay, combined with appellate delay, amounting to violation of Charter right to trial within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

R. v. GALLAGHER, 861.

11. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-two-month pre-trial delay, including seven-month delay to accommodate defence and Crown — Fifteen-month appellate delay arising in part from work load resulting from Askov — Whether right to be tried within reasonable time includes appeal period — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

R. v. FRAZER, 866.

12. Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Prisoners — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

WEATHERALL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 872.

13. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Prisoners — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

WEATHERALL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 872.

14. Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Female prison inmates not subject to cross-gender frisk searches and surveillance — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

WEATHERALL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 872.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

15. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-six month pre-trial delay including delays to accommodate defence and Crown — Stay of proceedings granted — Eighteen month appellate delay from granting of stay — Whether pre-trial delay offending s. 11(b) of the Charter — Whether s. 11(b) applicable to appellate delay — Whether s. 7 (abuse of process) applicable to appellate delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

R. v. POTVIN, 880.

16. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to remain silent — Trial judge admitting into evidence tape recorded conversations between accused and undercover police officer — Accused arguing on appeal that evidence should have been excluded in light of Supreme Court of Canada decision rendered after trial — Whether accused's rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms violated.

R. v. BROWN, 918.

17. Charter of Rights — Right to vote — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion from federal referendum infringing s. 3 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

HAIG V. CANADA; HAIG V. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 995.

18. Charter of Rights — Freedom of expression — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion from federal referendum infringing s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 2(b) includes a positive right to be provided with a specific means of expression — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

HAIG V. CANADA; HAIG V. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 995.

19. Charter of Rights — Equality rights — Equal benefit of the law — New residents of a province — Province of residence — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether appellant's exclusion or Quebec's exclusion from federal referendum infringing

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

HAIG V. CANADA; HAIG V. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 995.

20. Charter of Rights — Freedom of expression — Postering — Municipal by-law banning posters on public property — Whether postering a form of expression — If so, whether protected by s. 2(b) — If infringement of s. 2(b), whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

RAMSDEN V. PETERBOROUGH (CITY), 1084.

CORPORATIONS

Compromises and arrangements — Order under Companies' Creditors Arrangement Act set aside — No jurisdiction to make order in absence of notice to parties and hearing.

WESTAR MINING LTD. (RE), 448.

COURTS

1. Jurisdiction — Right of appeal — Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures.

KOURTESSIS V. M.N.R., 53.

2. Procedure — Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures.

KOURTESSIS V. M.N.R., 53.

CRIMINAL LAW

1. Directed verdict — Fraud — Evidence pertaining to all elements of offence which would justify a verdict of guilty if accepted by jury — Directed verdict quashed.

R. V. IMBEAULT, 51.

2. Fraud — Elements of offence — Mens rea — Accused directing mind of company involved in residential construction — Deposits taken from potential purchasers on false representation that deposits were insured — Project not completed following company's insolvency — Accused honestly believing that project would be completed and deposits not lost — Whether accused guilty of fraud — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1).

R. V. THÉROUX, 5.

3. Fraud — Elements of offence — Accused accepting goods from suppliers in return for post-dated cheques or on credit and using money obtained from sale of goods for gambling — Accused believing that his gambling system would allow him to repay suppliers — Trial judge finding that accused was not concerned with paying goods received by suppliers — Whether accused guilty of fraud — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1).

R. V. ZLATIC, 29.

4. Evidence — Sexual assault — Victim the accused's minor daughter — Victim 12 years old at time of trial — Testimony given by the victim and by her mother and brother — Accused denied child's evidence — Issue of credibility — Trial judge dismissing en bloc the testimony of accused without giving precise reasons for doing so — No manifest error of law or principle permitting Court of Appeal to intervene and order new trial.

R. V. C. (R.), 226.

5. Firearms — Prohibited weapons — Firearm easily convertible from semi-automatic to fully automatic — Whether firearm a "prohibited weapon" — Meaning of word "capable" in para. (c) of definition of "prohibited weapon" in s. 84(1) of Criminal Code — Construction of penal statutes — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 84(1).

R. V. HASSELWANDER, 398.

6. Young offenders — Sentencing — Principles stated in Act including requirement that dispositions both protect society and be in best interests of offender — Act providing for annual review of sentence — Youth with prior record, uncompleted "community service" probation, a poor family situation and yet good school reports when removed from his siblings sentenced to two years' open custody — Whether consideration might be given to annual review in crafting disposition — Whether sentence appropriate in the circumstances — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(1), (2), 20, 23(2)(f), 24(1), 24.1(1), 28(1), (3).

R. V. M. (J.J.), 421.

CRIMINAL LAW—Continued

7. Criminal interest rate — Land purchased for resale at profit — Purchaser mortgaging property — Mortgagee to receive interest plus 50 percent of profit — Total interest amounting to criminal rate — Not enforceable in civil action — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

ARTELL DEVELOPMENTS LTD. v. 677950 ONTARIO LTD., 443.

8. Nuisance — Accused convicted of nuisance for donating blood he knew to be HIV-contaminated to Red Cross — Accused having duty of care in giving blood under s. 216 of Criminal Code — Duty of care breached by failure to disclose that blood contained HIV antibodies — Lives, safety and health of public endangered — Conviction upheld.

R. v. THORNTON, 445.

9. Perjury — Corroboration — Corroboration not required when proof rests on inferences drawn from conduct.

R. v. CLUTTERBUCK, 447.

10. Impaired driving — Presumption of impairment arising from certificates made following blood test — Requirement that a sample be available to accused for independent testing — Accused not receiving notice of existence of sample until day before trial — What information to be disclosed, and when, for presumption to operate — Whether accused must request second sample before the presumption available — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 255(2), 258(1)(d), (7), 676(1)(a).

R. v. EGGER, 451.

11. Evidence — Rebuttal evidence — Rebuttal evidence relating to issue essential for determination of case — Whether rebuttal evidence admissible.

R. v. AALDERS, 482.

12. Murder — First degree murder — Planned and deliberate — Charge to jury — Whether trial judge's directions on planning and deliberation adequate.

R. v. AALDERS, 482.

13. Charge to jury — Alternative verdict — Murder — Accused charged with first degree murder testifying that he did not intend to kill victim — Evidence as a whole showing that killing was planned and deliberate — Whether trial judge erred in failing to instruct jury on manslaughter.

R. v. AALDERS, 482.

14. Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons

CRIMINAL LAW—Continued

with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. BEVAN, 599.

15. New trial — New trial warranted only if verdict would have necessarily not have been the same, but for the errors — Whether new trial warranted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

R. v. EVANS, 629.

16. Police — Powers of arrest — Provincial offences — Peace officer entering private home without a warrant to arrest accused for a provincial offence — Common law traditionally recognizing hot pursuit exception to principle of sanctity of home — Whether exception should be extended to arrests for provincial offences — Whether entry by peace officer lawful.

R. v. MACOOH, 802.

17. Sexual assault — Accused grabbing three-year-old son in genital area to discipline him — Absence of evidence of sexual gratification — Accused convicted of sexual assault — Whether assault was a sexual assault.

R. v. V. (K.B.), 857.

18. Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Twenty-six month pre-trial delay including delays to accommodate defence and Crown — Stay of proceedings granted — Eighteen month appellate delay from granting of stay — Whether pre-trial delay offending s. 11(b) of the Charter — Whether s. 11(b) applicable to appellate delay — Whether s. 7 (abuse of process) applicable to appellate delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

R. v. POTVIN, 880.

19. Indecent act — Bawdy-house — Public place — Nude dancers performing in individual cubicles — Clients permitted to be nude and to masturbate while watching performance — Whether community tolerance standard offended — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 193(1), 529(3), (4).

R. v. TREMBLAY, 932.

20. Trial — Fairness — Narcotics charges — Accused's trial conducted intermittently over eight-month period — Trial judge stating that he had seriously considered declaring a mistrial but had decided not to do so because that would cause undue hardship to accused — Accused acquitted on certain charges — Acquittals overturned by Court of Appeal and new trial ordered — Whether trial judge erred in not declaring mistrial.

R. v. TORTONE, 973.

CRIMINAL LAW—Concluded

21. Narcotics — Accused acquitted on certain charges — Acquittals overturned by Court of Appeal and new trial ordered — Whether trial judge erred in failing to consider whether Crown had proved accused guilty of one of charges.

R. v. TORTONE, 973.

ELECTIONS

Federal referendum — Interpretation of federal referendum legislation — Powers of Chief Electoral Officer — Federal referendum held everywhere in Canada except Quebec — Quebec referendum subject to provincial legislation — Appellant who moved from Ontario to Quebec unable to vote in federal or Quebec referendum because of different residency requirements in federal and provincial legislation — Whether federal referendum legislation may be interpreted to extend entitlement to vote in federal referendum to appellant — Whether Chief Electoral Officer had power to adapt Canada Elections Act so as to extend entitlement to vote in federal referendum to appellant — Referendum Act, S.C. 1992, c. 30, ss. 3(1), 7(3) — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 9(1), 53, 55(5) — Regulation Adapting the Canada Elections Act, SOR/92-430.

HAIG V. CANADA; HAIG V. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 995.

EVIDENCE

Recall of witness — Trial judge refusing to allow the Crown to recall witness to give evidence as to having given name of the accused to the police as matching the police profile of suspect — Attempt to recall witness made in response to issue of credibility arising out of cross-examination — Whether or not trial judge erred in refusing to allow Crown to recall witness.

R. v. EVANS, 629.

IMMIGRATION

Refugee status — “Particular social group” — Political opinion — “Well-founded fear of persecution” necessary to establishment of claim to Convention refugee status — Claimant a former member of Irish terrorist organization sentenced to death by organization for complicity in assisting escape of hostages — Claimant citizen of Ireland and of United Kingdom — Whether state complicity requirement for persecution — Whether terrorist organization a “particular social group” — Whether dissent from politico-military organization basis for persecution for political opinion — Whether s. 15 of Charter applicable to definition of Convention

IMMIGRATION—Concluded

refugee — Burden of proof of want of protection of each country of nationality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 2(1), 4(2.1), 19(1)(c), (d), (e), (f), (g), (2), 46.04(1)(c).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. WARD, 689.

INCOME TAX

Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure quashed but material seized not returned — Second warrant issued with respect to retained material but subject to right to challenge — Appellants challenging warrant by bringing application for declaration that search warrant and enabling legislation unconstitutional and for order quashing warrant — Application dismissed — Court of Appeal finding no right to appeal because search and seizure effected under federal criminal law power and no right to appeal existing in Criminal Code or Income Tax Act — Whether or not appeal could be effected under provincial procedures — Whether or not search and seizure unreasonable contrary to s. 8 of Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, ss. 231.3, 231.3(7), 239 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

KOURTESSIS V. M.N.R., 53.

JUDICIAL REVIEW

1. Labour Relations Board — Grievance arbitration — Company ending retired workers' benefits derived from expired collective agreement — Union initiating grievance — Whether grievance arbitrable — Whether arbitrator correctly assumed jurisdiction — Whether privative clause applicable — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 44.

DAYCO (CANADA) LTD. V. CAW-CANADA, 230.

2. Standard of review — Labour relations arbitrator.

UNITED BROTHERHOOD OF CARPENTERS AND JOINERS OF AMERICA, LOCAL 579 V. BRADCO CONSTRUCTION LTD., 316.

3. Standard of review — Human rights tribunal.

UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA V. BERG, 353.

4. Basis for judicial intervention — Conflicting decisions by two administrative tribunals — Whether jurisprudential conflict constitutes an independent basis for judicial review.

DOMTAR INC. V. QUEBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 756.

JUDICIAL REVIEW—Concluded

5. Standard of review — Appellate administrative tribunal — Workers' compensation — Standard of review applicable to decisions of Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.

DOMTAR INC. V. QUEBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 756.

LABOUR RELATIONS

1. Grievance arbitration — Company ending retired workers' benefits derived from expired collective agreement — Union initiating grievance — Whether grievance arbitrable — Whether arbitrator correctly assumed jurisdiction.

DAYCO (CANADA) LTD. V. CAW-CANADA, 230.

2. Collective agreement — Interpretation — Extrinsic evidence — Collective agreement applicable "when the Employer shall perform any work of the type covered" by the agreement — Affiliated company hiring non-unionized carpenters — Arbitrator finding that such "double-breasting" violated collective agreement — Whether arbitrator's interpretation of collective agreement patently unreasonable — Whether arbitrator's use of extrinsic evidence patently unreasonable.

UNITED BROTHERHOOD OF CARPENTERS AND JOINERS OF AMERICA, LOCAL 579 V. BRADCO CONSTRUCTION LTD., 316.

3. Civil service — Discontinuance of function — Contracting out of work — Province disbanding highway patrol and contracting out patrol's duties to RCMP — Whether patrolmen laid off because of "discontinuance of function" — Whether patrolmen given reasonable notice of termination — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, ss. 20, 26 — Board of Management General Regulation — Civil Service Act, N.B. Reg. 84-229, s. 9(1).

FLIEGER V. NEW BRUNSWICK, 651.

MUNICIPAL LAW

Real estate assessment — Immoveables not entered on assessment roll — Interpretation of s. 65(1) of the Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1.

SAINT-BASILE, VILLAGE SUD (CORPORATION MUNICIPALE DE) V. CIMENT QUÉBEC INC., 823.

PHYSICIANS AND SURGEONS

Negligence — Duty to disclose — Patient undergoing procedure withdrawing consent during procedure — Patient deciding to

PHYSICIANS AND SURGEONS—Concluded

continue with procedure and suffering quadriplegia as a result of procedure — Patient had undergone same procedure previously and had understood nature and risks of procedure — Whether patient had to be informed anew of attendant risks when consenting to continue with procedure.

CIARLARIELLO V. SCHACTER, 119.

PRACTICE

1. Supreme Court of Canada — Intervention — Attorney General — Criminal appeal — Non-constitutional issue — Special circumstances must be shown to permit intervention by a provincial Attorney General in respect of non-constitutional issues in a criminal appeal — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 18.

R. V. OSOLIN, 313.

2. Limitation periods — Legal disability — Traffic accidents — Accidents giving rise to actions occurring when plaintiffs still minors — Action commenced while plaintiff still a minor or within time after reaching majority — Extension of time granted because of special circumstances to permit bringing of action by parent of minor — Whether the limitation period is to commence from the date a minor comes of age or disability ceases or whether from the date of the accident — Whether s. 47 of the Limitations Act applicable to the limitation period prescribed in s. 180 of the Highway Traffic Act — Whether court has discretion to grant relief from the consequences of a limitation period in "special circumstances" — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, s. 180(1), (2), (3) — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45, 47 — Rules of Civil Procedure, Rule 3.02.

MURPHY V. WELSH; STODDARD V. WATSON, 1069.

PRISONS

1. Parole — Mandatory supervision — Parole Act amended to change conditions for release on mandatory supervision — Whether amendment amounts to denial of prisoner's liberty contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii).

CUNNINGHAM V. CANADA, 143.

2. Prisoners' rights — Frisk searches and surveillance — Whether frisk searches and unannounced patrols of cells in male prisons by female guards infringe ss. 7, 8 and 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

WEATHERALL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 872.

TORTS

1. Battery — Medical procedure — Consent — Patient undergoing procedure withdrawing consent during procedure — Patient deciding to continue with procedure and suffering quadriplegia as a result of procedure — Patient had undergone same procedure previously and had understood nature and risks of procedure — Whether patient had to be informed anew of attendant risks when consenting to continue with procedure.

CIARLARIELLO V. SCHACTER, 119.

2. Duty of care — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether duty of care to deny impaired person permission to drive the vehicle.

HALL V. HEBERT, 159.

3. Defences — Ex turpi causa — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether or not impaired driver barred from suing by principle of ex turpi causa.

HALL V. HEBERT, 159.

4. Liability — Apportionment — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Proper apportionment of liability.

HALL V. HEBERT, 159.

TRIAL

1. Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons

TRIAL—Concluded

with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. V. BEVAN, 599.

2. Charge to jury — Circumstantial evidence — Proof beyond reasonable doubt — Whether charge amounted to misdirection on issue of proof beyond reasonable doubt of constituent parts of charge.

R. V. EVANS, 629.

3. Procedure — Motion to amend charge — Motion made late in trial — Whether or not serious prejudice to accused.

R. V. TREMBLAY, 932.

WORKERS' COMPENSATION

Income replacement indemnity — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Interpretation of s. 60 of the Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases — Evocation — Standard of review applicable to Commission's decisions — Whether Commission's interpretation patently unreasonable — Whether in the absence of a patently unreasonable error conflicting decisions by two administrative tribunals may give rise to judicial review — Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 60.

DOMTAR INC. V. QUEBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 756.

INDEX

ACCIDENTS DU TRAVAIL

Indemnité de remplacement du revenu — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Interprétation de l'art. 60 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles — Évocation — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission — L'interprétation de la Commission est-elle manifestement déraisonnable? — En l'absence d'une erreur manifestement déraisonnable, un conflit jurisprudentiel entre deux instances administratives peut-il donner ouverture au contrôle judiciaire? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 60.

DOMTAR INC. C. QUÉBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 756.

APPEL

1. Autorisation d'appel — Cour d'appel — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Formation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique compétente pour entendre l'appel interjeté contre l'ordonnance rendue par un seul juge concernant une demande d'autorisation d'appel fondée sur la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

WESTAR MINING LTD. (RE), 448.

2. Autorisation d'appel — Cour d'appel — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Procédures visant à obtenir l'autorisation d'appel engagées dans les 21 jours suivant la délivrance de l'ordonnance faisant l'objet d'un appel — Respect des dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

WESTAR MINING LTD. (RE), 448.

CHARTRE DES DROITS

Droit criminel — Preuve — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve admise en vertu de l'art. 24(2) de la Charte — La Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge du procès selon laquelle il n'y a pas lieu d'écarter la preuve en vertu de l'art. 24(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. GONCALVES, 3.

COMPAGNIES

Transactions et arrangements — Annulation d'une ordonnance fondée sur la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Absence de compétence pour rendre l'ordonnance sans avoir préalablement avisé et entendu les parties.

WESTAR MINING LTD. (RE), 448.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Commission des relations de travail — Arbitrage de grief — Cessation par une société du versement des avantages des employés retraités découlant d'une convention collective échue — Dépôt d'un grief par le syndicat — Le grief est-il arbitral? — L'arbitre a-t-il conclu à bon droit qu'il avait compétence? — La clause privative s'applique-t-elle? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 44.

DAYCO (CANADA) LTD. C. TCA-CANADA, 230.

2. Norme de contrôle — Arbitre en matière de relations de travail.

FRATERNITÉ UNIE DES CHARPENTERS ET MENUISIERS D'AMÉRIQUE, SECTION LOCALE 579 C. BRADCO CONSTRUCTION LTD., 316.

3. Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne.

UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE C. BERG, 353.

4. Motif d'intervention judiciaire — Conflit jurisprudentiel entre deux instances administratives — Un conflit jurisprudentiel constitue-t-il un motif autonome de contrôle judiciaire?

DOMTAR INC. C. QUÉBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 756.

5. Norme de contrôle — Tribunal administratif d'appel — Accidents du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.

DOMTAR INC. C. QUÉBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 756.

DÉLITS CIVILS

Voies de fait — Acte médical — Consentement — Retrait du consentement de la patiente au cours d'un acte médical — Décision de la patiente de continuer l'acte et quadriplégie de la patiente par suite de l'acte — La patiente avait subi le même acte antérieurement et en avait compris la nature et les risques — La patiente devait-elle être informée de nouveau des risques qui accompagnaient l'acte lorsqu'elle a consenti à ce qu'il se poursuive?

CIARLARIELLO C. SCHACTER, 119.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté de la personne — Justice fondamentale — Libération conditionnelle — Liberté surveillée — Loi sur la libération conditionnelle modifiée de façon à changer les conditions de mise en liberté surveillée — La modification équivaut-elle à une atteinte à la liberté du détenu en contravention des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3)a)(ii).

CUNNINGHAM C. CANADA, 143.

2. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Détermination — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. HAWKINS, 157.

3. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai systémique de cinq mois entre la mise en accusation et le renvoi à procès non déraisonnable — Explication ou renonciation à l'égard d'une grande partie du délai après le renvoi à procès — Reste du délai après le renvoi non déraisonnable — Arrêt des procédures non justifié — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).

R. C. SLANEY, 228.

4. Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Inconstitutionnalité de la disposition de la Loi électorale du Canada qui rend les prisonniers inhabiles à voter — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 51e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3.

SAUVÉ C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 438.

5. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Majeure partie du délai résultant d'une renonciation ou du fait de l'appelant, ou imputable aux délais inhérents à la nature de l'affaire — Peu importe que les procédures d'appel soient visées ou non par la Charte, il n'y a pas eu de délai déraisonnable en l'espèce.

R. C. D. (A.), 441.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

6. Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Disposition du Code criminel traitant des intérêts excessifs — Cette disposition relève-t-elle de la compétence des provinces? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

ARTELL DEVELOPMENTS LTD. C. 677950 ONTARIO LTD., 443.

7. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé hospitalisé à la suite d'un accident de voiture — Échantillons de sang pris à des fins médicales — Résultats de l'analyse de l'alcoolémie obtenus par la police en contravention du droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — L'admission des résultats de l'analyse de l'alcoolémie ne déconsidère pas l'administration de la justice — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. ERICKSON, 649.

8. Éducation — Réforme de l'organisation des commissions scolaires du Québec — Création de commissions scolaires linguistiques — Confessionnalité — Droit à la dissidence — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1988, ch. 84, art. 49, 111, 122, 123, 124, 126 à 139, 206, 223, 227, 230, 261, 354, 423, 424, 425, 428, 439, 519, 521, 522, 527, 568.

RENVOI RELATIF À LA LOI SUR L'INSTRUCTION PUBLIQUE (QUÉ.), 511.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Détention arbitraire — Entrée sans mandat d'un agent de la paix dans une maison privée pour arrêter une personne accusée d'une infraction provinciale — Il n'y a pas eu atteinte aux droits de l'accusé en vertu des art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. MACCOOH, 802.

10. Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Arrêt des procédures accordé, puis annulé en appel — Le délai antérieur au procès était-il déraisonnable? — Le délai antérieur, conjugué au délai d'appel, viole-t-il le droit garanti par la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

R. C. GALLAGHER, 861.

11. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-deux mois écoulé avant la tenue du procès, incluant un délai de sept mois pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Délai d'appel de quinze mois résultant en partie de la charge de travail engendrée par l'arrêt Askov — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable comprend-il le délai d'appel? — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

R. C. FRAZER, 866.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

12. Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Prisonniers — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

WEATHERALL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 872.

13. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Prisonniers — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

WEATHERALL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 872.

14. Charte des droits — Droits à l'égalité — Prisonniers — Détenues dans les prisons pour femmes non soumises à des fouilles par palpation et à une surveillance par des personnes du sexe opposé — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

WEATHERALL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 872.

15. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-six mois écoulé avant la tenue du procès, incluant les délais pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Arrêt des procédures accordé — Délai d'appel de dix-huit mois écoulé à compter du moment où l'arrêt des procédures a été accordé — Le délai antérieur au procès contrevient-il à l'art. 11b) de la Charte? — L'article 11b) s'applique-t-il au délai d'appel? — L'article 7 (abus de procédure) s'applique-t-il au délai d'appel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

R. C. POTVIN, 880.

16. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Admission par le juge du procès des conversations enregistrées entre l'accusé et un agent de police banalisé — Prétention de l'accusé en appel que la preuve aurait dû être écartée compte tenu d'un arrêt de la Cour suprême du Canada postérieur au procès — Y a-t-il eu violation des droits que l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés garantissait à l'accusé?

R. C. BROWN, 918.

17. Charte des droits — Droit de vote — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

HAIG C. CANADA; HAIG C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 995.

18. Charte des droits — Liberté d'expression — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 2b) comporte-t-il le droit positif de se voir fournir un mode précis d'expression? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

HAIG C. CANADA; HAIG C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 995.

19. Charte des droits — Droits à l'égalité — Droit au même bénéfice de la loi — Nouveaux résidents d'une province — Province de résidence — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — L'exclusion de l'appelant ou du Québec du référendum fédéral contrevient-elle à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

HAIG C. CANADA; HAIG C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 995.

20. Charte des droits — Liberté d'expression — Affichage — Règlement municipal interdisant l'affichage sur une propriété publique — L'affichage est-il une forme d'expression? — Dans l'affirmative, est-il protégé par l'art. 2b)? — S'il y a violation de l'art. 2b), cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

RAMSDEN C. PETERBOROUGH (VILLE), 1084.

DROIT CRIMINEL

1. Verdict imposé — Fraude — Preuve concernant tous les éléments de l'infraction susceptible de justifier un verdict de culpabilité si acceptée par le jury — Verdict imposé annulé.

R. C. IMBEAULT, 51.

2. Fraude — Éléments de l'infraction — Mens rea — L'accusé était l'âme dirigeante d'une compagnie engagée dans la construction domiciliaire — Perception de dépôts auprès

DROIT CRIMINEL—Suite

d'acheteurs éventuels sur la foi de fausses déclarations selon lesquelles les dépôts étaient garantis — Projet non mené à terme en raison de l'insolvabilité de la compagnie — Accusé croyant sincèrement que le projet serait mené à terme et que les dépôts ne seraient pas perdus — L'accusé est-il coupable de fraude? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1).

R. C. THÉROUX, 5.

3. Fraude — Éléments de l'infraction — Réception par l'accusé des marchandises de fournisseurs en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit — Utilisation par l'accusé du produit de la vente des marchandises pour s'adonner au jeu — Accusé croyant que sa méthode de jeu lui permettrait de rembourser ses fournisseurs — Conclusion du juge du procès que l'accusé ne se souciait pas de payer les marchandises reçues des fournisseurs — L'accusé est-il coupable de fraude? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1).

R. C. ZLATIC, 29.

4. Preuve — Agression sexuelle — Victime étant la fille mineure de l'accusé — Victime âgée de 12 ans au moment du procès — Témoignages de la victime, de sa mère et de son frère — Accusé niant le témoignage de l'enfant — Question de crédibilité — Juge du procès ayant rejeté en bloc le témoignage de l'accusé sans donner de motifs précis — Aucune erreur de droit ou de principe manifeste permettant à la Cour d'appel d'intervenir et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

R. C. C. (R.), 226.

5. Armes à feu — Armes prohibées — Arme à feu semi-automatique pouvant être transformée facilement en arme entièrement automatique — S'agit-il d'une «arme prohibée»? — Sens du mot «pouvant» employé à l'al. c) de la définition de «arme prohibée» à l'art. 84(1) du Code criminel — Interprétation des lois pénales — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 84(1).

R. C. HASSELWANDER, 398.

6. Jeunes contrevenants — Détermination de la peine — Selon les principes énoncés dans la Loi, les décisions doivent viser la protection de la société et le meilleur intérêt du contrevenant — Examen annuel prévu dans la Loi — Condamnation à deux ans de garde en milieu ouvert d'un jeune ayant des antécédents, n'ayant pas respecté l'ordonnance de probation imposant des travaux au profit de la collectivité, ayant une situation familiale déplorable, mais ayant de bons résultats scolaires quand il est séparé de ses frères et sœurs — L'examen annuel peut-il être un facteur dans la décision? — La peine est-elle appropriée compte tenu des circonstances? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(1), (2), 20, 23(2)f), 24(1), 24.1(1), 28(1), (3).

R. C. M. (J.J.), 421.

7. Taux d'intérêt criminel — Terrain acheté pour fins de vente avec profit — Acquéreur hypothéquant le bien — Créancier

DROIT CRIMINEL—Suite

hypothécaire devant percevoir les intérêts plus la moitié du profit réalisé — Montant total des intérêts correspondant à un taux criminel — Absence de recours civil — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

ARTELL DEVELOPMENTS LTD. C. 677950 ONTARIO LTD., 443.

8. Nuisance — Accusé déclaré coupable de nuisance pour avoir donné à la Croix rouge du sang qu'il savait contaminé par le VIH — Accusé obligé en vertu de l'art. 216 du Code criminel de faire preuve de diligence en donnant son sang — Manquement à cette obligation de diligence en ne révélant pas que le sang contenait des anticorps VIH — Vie, sécurité et santé du public mis en danger — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. THORNTON, 445.

9. Parjure — Corroboration — Corroboration non nécessaire lors que la preuve repose sur des déductions faites à partir de la conduite adoptée.

R. C. CLUTTERBUCK, 447.

10. Conduite avec facultés affaiblies — Présomption de facultés affaiblies découlant des certificats émis après analyse du sang — Exigence qu'un échantillon soit à la disposition de l'accusé à des fins d'analyse indépendante — Accusé n'ayant reçu l'avis de l'existence d'un échantillon que la veille du procès — Renseignements à communiquer et moment de la communication pour que la présomption s'applique — L'accusé doit-il demander le second échantillon avant que la présomption s'applique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 255(2), 258(1)d), (7), 676(1)a).

R. C. EGGER, 451.

11. Preuve — Contre-preuve — Contre-preuve touchant une question essentielle à la détermination du litige — La contre-preuve est-elle admissible?

R. C. AALDERS, 482.

12. Meurtre — Meurtre au premier degré — Préméditation et propos délibéré — Exposé au jury — Les directives du juge du procès quant à la préméditation et au propos délibéré sont-elles appropriées?

R. C. AALDERS, 482.

13. Exposé au jury — Possibilité d'un autre verdict — Meurtre — L'accusé, inculpé de meurtre au premier degré, a témoigné qu'il n'avait pas l'intention de tuer la victime — L'ensemble de la preuve démontre que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas au jury la question de l'homicide involontaire coupable?

R. C. AALDERS, 482.

DROIT CRIMINEL—Suite

14. Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type Vetrovec) à l'égard des témoignages d'auteurs de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. C. BEVAN, 599.

15. Nouveau procès — Nouveau procès justifié uniquement si le verdict aurait nécessairement été différent n'eussent été ces erreurs — Le nouveau procès est-il justifié? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).

R. C. EVANS, 629.

16. Police — Pouvoirs d'arrestation — Infractions provinciales — Entrée sans mandat d'un agent de la paix dans une maison privée pour arrêter une personne accusée d'une infraction provinciale — La common law reconnaît traditionnellement l'exception de la prise en chasse au principe de l'inviolabilité du foyer — L'exception doit-elle être étendue aux arrestations pour infractions provinciales? — L'entrée de l'agent de la paix était-elle légale?

R. C. MACCOOH, 802.

17. Agression sexuelle — L'accusé a empoigné les parties génitales de son fils de trois ans afin de le punir — Absence de preuve de plaisir sexuel — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — L'agression était-elle une agression sexuelle?

R. C. V. (K.B.), 857.

18. Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de vingt-six mois écoulé avant la tenue du procès, incluant les délais pour satisfaire aux demandes de la défense et du ministère public — Arrêt des procédures accordé — Délai d'appel de dix-huit mois écoulé à compter du moment où l'arrêt des procédures a été accordé — Le délai antérieur au procès contrevient-il à l'art. 11b) de la Charte? — L'article 11b) s'applique-t-il au délai d'appel? — L'article 7 (abus de procédure) s'applique-t-il au délai d'appel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

R. C. POTVIN, 880.

19. Acte d'indécence — Maison de débauche — Endroit public — Danseuses nues se produisant en privé — Les clients pouvaient se dévêtir et se masturber pendant la prestation de la danseuse — A-t-on contrevenu à la norme de tolérance de la société? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 193(1), 529(3), (4).

R. C. TREMBLAY, 932.

DROIT CRIMINEL—Fin

20. Procès — Équité — Accusations en matière de stupéfiants — Procès de l'accusé tenu de façon intermittente pendant une période de huit mois — Affirmation du juge du procès qu'il avait sérieusement envisagé de déclarer nul le procès mais qu'il avait décidé de ne pas le faire parce que cela causerait un préjudice indu à l'accusé — Acquiescement de l'accusé relativement à certaines accusations — Annulation des verdicts d'acquiescement par la Cour d'appel et ordonnance de nouveau procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne déclarant pas nul le procès?

R. C. TORTONE, 973.

21. Stupéfiants — Acquiescement de l'accusé relativement à certaines accusations — Annulation des verdicts d'acquiescement par la Cour d'appel et ordonnance de nouveau procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'examinant pas si le ministère public avait prouvé la culpabilité de l'accusé relativement à l'une des accusations?

R. C. TORTONE, 973.

DROIT MUNICIPAL

Évaluation foncière — Immeubles non portés au rôle d'évaluation — Interprétation de l'art. 65(1) de la Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1.

SAINT-BASILE, VILLAGE SUD (CORPORATION MUNICIPALE DE)
C. CIMENT QUÉBEC INC., 823.

ÉLECTIONS

Référendum fédéral — Interprétation de la loi fédérale en matière référendaire — Pouvoirs du directeur général des élections — Référendum fédéral tenu partout au Canada, sauf au Québec — Référendum du Québec soumis à une loi provinciale — L'appelant, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison d'exigences différentes en matière de résidence prévues dans les lois fédérale et provinciale applicables — La loi fédérale en matière référendaire peut-elle être interprétée comme attribuant à l'appelant le droit de voter au référendum fédéral? — Le directeur général des élections détenait-il le pouvoir d'adapter la Loi électorale du Canada de manière à ce qu'elle attribue à l'appelant le droit de voter au référendum fédéral? — Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30, art. 3(1), 7(3) — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 9(1), 53, 55(5) — Règlement adaptant la Loi électorale du Canada, DORS/92-430.

HAIG C. CANADA; HAIG C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 995.

IMMIGRATION

Statut de réfugié — «Groupe social» — Opinions politiques — La crainte justifiée d'être persécuté est nécessaire pour établir la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — Le demandeur du statut de réfugié est un ancien membre d'une organisation terroriste irlandaise qui a été condamné à mort par l'organisation pour avoir aidé des otages à s'enfuir — Le demandeur est un citoyen d'Irlande et du Royaume-Uni — La complicité de l'État est-elle nécessaire pour qu'il y ait persécution? — L'organisation terroriste est-elle un «groupe social»? — Le fait d'être en dissension avec une organisation politico-militaire constitue-t-il un motif de persécution en raison d'opinions politiques? — L'article 15 de la Charte s'applique-t-il à la définition de réfugié au sens de la Convention? — Fardeau d'établir l'absence de protection de la part de chaque pays dont le demandeur a la nationalité — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 2(1), 4(2.1), 19(1)c), d), e), f), g), (2), 46.04(1)c).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. WARD, 689.

IMPÔT SUR LE REVENU

Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales? — La perquisition et la saisie sont-elles abusives contrairement à l'art. 8 de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, art. 231.3, 231.3(7), 239 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

KOURTESSIS C. M.R.N., 53.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Discrimination dans des établissements publics — Services habituellement offerts au public — Étudiante au programme de maîtrise se voyant refuser un formulaire d'évaluation et une clé donnant accès à l'édifice de la faculté en raison d'une déficience mentale — L'université a-t-elle agi de façon discriminatoire envers l'étudiante à l'égard de services «habituellement offerts au pu-

LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin

blic»? — Signification du mot «public» — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3.

UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE C. BERG, 353.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS

Négligence — Obligation de divulgation — Retrait du consentement de la patiente au cours d'un acte médical — Décision de la patiente de continuer l'acte et quadriplégie de la patiente par suite de l'acte — La patiente avait subi le même acte antérieurement et en avait compris la nature et les risques — La patiente devait-elle être informée de nouveau des risques qui accompagnaient l'acte lorsqu'elle a consenti à ce qu'il se poursuive?

CIARLARIELLO C. SCHACTER, 119.

PRATIQUE

1. Cour suprême du Canada — Intervention — Procureur général — Pourvoi en matière criminelle — Question non constitutionnelle — Nécessité que l'existence de circonstances spéciales soit démontrée pour que le procureur général d'une province soit autorisé à intervenir à l'égard d'une question non constitutionnelle dans un pourvoi en matière criminelle — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18.

R. C. OSOLIN, 313.

2. Délais de prescription — Incapacité juridique — Accidents de la circulation — Accidents donnant ouverture à des actions survenues lorsque les parties demanderesse étaient encore mineures — Action intentée dans les délais alors que la partie demanderesse était encore mineure ou après qu'elle eut atteint l'âge de la majorité — Prorogation de délai accordée, en raison de circonstances spéciales, pour permettre à un parent du mineur d'intenter une action — Le délai de prescription commence-t-il à courir à compter de la date à laquelle la personne atteint l'âge de la majorité ou cesse d'être incapable, ou à compter de la date de l'accident? — L'article 47 de la Loi sur la prescription des actions s'applique-t-il au délai de prescription établi à l'art. 180 du Code de la route? — La cour a-t-elle le pouvoir discrétionnaire de remédier aux conséquences d'un délai de prescription dans des «circonstances spéciales»? — Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 180(1), (2), (3) — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45, 47 — Règles de procédure civile, art. 3.02.

MURPHY C. WELSH; STODDARD C. WATSON, 1069.

PREUVE

Réinterrogatoire d'un témoin — Refus du juge du procès de permettre au ministère public de réinterroger un témoin afin de prouver que ce dernier a mentionné à la police le nom de l'accusé comme étant une personne correspondant au profil du suspect — Tentative de réinterroger le témoin faite après que la question de crédibilité ait été soulevée au cours du contre-interrogatoire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de permettre au ministère public de réinterroger un témoin?

R. C. EVANS, 629.

PRISONS

1. Libération conditionnelle — Liberté surveillée — Loi sur la libération conditionnelle modifiée de façon à changer les conditions de mise en liberté surveillée — La modification équivaut-elle à une atteinte à la liberté du détenu en contravention des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3)a)(ii).

CUNNINGHAM C. CANADA, 143.

2. Droits des prisonniers — Fouilles par palpation et surveillance — Les fouilles par palpation et les rondes éclairs de surveillance des cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes contreviennent-elles aux art. 7, 8 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

WEATHERALL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 872.

PROCÈS

1. Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type *Vetrovec*) à l'égard des témoignages d'auteurs de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. BEVAN, 599.

2. Exposé au jury — Preuve circonstancielle — Preuve hors de tout doute raisonnable — L'exposé était-il erroné quant à la question de la preuve hors de tout doute raisonnable des éléments constitutifs de l'accusation?

R. C. EVANS, 629.

PROCÈS—Fin

3. Procédure — Requête tendant à modifier l'acte d'accusation — Requête déposée à un stade avancé du procès — Un préjudice grave a-t-il été causé aux accusés?

R. C. TREMBLAY, 932.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Arbitrage de grief — Cessation par une société du versement des avantages des employés retraités découlant d'une convention collective échue — Dépôt d'un grief par le syndicat — Le grief est-il arbitral? — L'arbitre a-t-il conclu à bon droit qu'il avait compétence?

DAYCO (CANADA) LTD. C. TCA-CANADA, 230.

2. Convention collective — Interprétation — Preuve extrinsèque — Convention collective applicable «à tous les travaux y visés qu'exécute l'employeur» — Embauchage de charpentiers non syndiqués par une société apparentée — Conclusion de l'arbitre qu'un tel recours à l'«exploitation à double volet» viole la convention collective — L'interprétation donnée à la convention collective par l'arbitre est-elle manifestement déraisonnable? — L'utilisation par l'arbitre d'une preuve extrinsèque est-elle manifestement déraisonnable?

FRATERNITÉ UNIE DES CHARPENTERS ET MENUISIERS D'AMÉRIQUE, SECTION LOCALE 579 C. BRADCO CONSTRUCTION LTD., 316.

3. Fonction publique — Suppression d'une fonction — Impartition de travail — Abolition par la province de la patrouille routière et impartition des tâches à la GRC — Les patrouilleurs ont-ils été licenciés en raison de la «suppression d'une fonction»? — Les patrouilleurs ont-ils reçu un préavis raisonnable de la cessation de leur emploi? — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20, 26 — Règlement général du Conseil de gestion — Loi sur la Fonction publique, Règl. du N.-B. 84-229, art. 9(1).

FLIEGER C. NOUVEAU-BRUNSWICK, 651.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Obligation de diligence — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Y avait-il obligation de diligence de refuser à la personne en état d'ébriété la permission de conduire le véhicule?

HALL C. HEBERT, 159.

2. Moyens de défense — *Ex turpi causa* — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Le

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

principe *ex turpi causa* empêche-t-il le conducteur en état d'ébriété d'engager des poursuites?

HALL C. HEBERT, 159.

3. Responsabilité — Partage — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Partage équitable de la responsabilité.

HALL C. HEBERT, 159.

TRIBUNAUX

1. Compétence — Droit d'appel — Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière

TRIBUNAUX—Fin

de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales?

KOURTESSIS C. M.R.N., 53.

2. Procédure — Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Mandat autorisant une perquisition et une saisie annulé mais documents saisis non restitués — Délivrance d'un deuxième mandat relativement aux documents conservés mais sous réserve du droit de contester — Contestation du mandat par les appelants au moyen d'une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnels le mandat et la mesure législative habilitante, et une ordonnance annulant le mandat — Demande rejetée — Cour d'appel concluant à l'inexistence d'un droit d'appel parce que la perquisition et la saisie ont été effectuées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel et que le Code criminel et la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoient pas de droit d'appel — Un appel peut-il être interjeté sous le régime des procédures provinciales?

KOURTESSIS C. M.R.N., 53.



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